



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI VERONA

DIPARTIMENTO DI
SCIENZE GIURIDICHE

SCUOLA DI DOTTORATO DI
GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO ED ECONOMIA DELL'IMPRESA – DISCIPLINE INTERNE ED INTERNAZIONALI
CICLO XXVII

TITOLO DELLA TESI DI DOTTORATO
**SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA E RESPONSABILITÀ DEGLI
AMMINISTRATORI**

SSD IUS/10 – DIRITTO AMMINISTRATIVO

Coordinatore: Prof. Lorenzo Picotti

Tutor: Prof. Giovanni Antonio Sala

Dottorando: dott. Hans Roderich Blattner

***A Carme, Benedetta e Cecilia
passato, presente e futuro del mio dolce quotidiano vivere***

INDICE

INTRODUZIONE.....	pag. 1
-------------------	--------

CAPITOLO I

LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

1. Lo Stato imprenditore. Breve excursus storico.....	pag. 5
2. Le società c.d. “In house”.....	pag. 17
3. Le società “miste”.....	pag. 35
4. Società a c.d. “statuto singolare”. I casi di RAI S.p.a., ANAS S.p.a, ENAV S.p.a, Patrimonio dello Stato S.p.a. e ARCUS S.p.a.....	pag. 51
5. Le società quotate.....	pag. 62

CAPITOLO II

LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA.

1. Introduzione.....	pag. 71
2. Elementi costitutivi della responsabilità amministrativa.....	pag. 77
3. Natura della responsabilità amministrativa.....	pag. 97
5. Responsabilità contabile ed altre ipotesi speciali di responsabilità amministrativa.....	pag. 101

CAPITOLO III

Responsabilità amministrativa degli amministratori delle società a partecipazione pubblica: profili sostanziali e di giurisdizione.

1. Introduzione.....	pag. 111
2. In particolare: Cass. SS.UU. n. 19667 del 22 dicembre 2003.....	pag. 114
3. In particolare: da Cass. SS.UU. n. 3899 del 2004 a Cass. SS.UU. n. 26806 del 2009	pag. 124
4. Società a c.d. “statuto singolare” e riparto di giurisdizione in tema di responsabilità degli amministratori: Cass. SS.UU. n. 27092 del 2009 (R.A.I. S.p.a.), Cass. SS.UU. n. 5032 del 2010 (E.N.A.V. S.p.a.), Cass. SS.UU. n. 15594 del 2014 (A.N.A.S. S.p.a.) , Cass. SS.UU. n. 1159 del 2015 (Ferrovie dello Stato S.p.a.), Cass. SS.UU. n. 23306 del 2015 (Alitalia S.p.a.).....	pag. 145

5. Il caso delle società c.d. <i>in house</i> : Cass. SS.UU. n. 22683 del 2013.....	pag. 157
6. La responsabilità degli amministratori di società pubbliche dopo il d.lgs. n. 175 del 19 agosto 2016 “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”.....	pag. 174
7. Il danno all’immagine.....	pag. 187
8. Il danno erariale conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti nell’ l’esercizio dei propri diritti di socio.....	pag. 197
9. Danno da <i>mala gestio</i> nelle società <i>in house</i> e sindacabilità delle scelte imprenditoriali.....	pag. 206
Conclusioni	pag. 211
Bibliografia	pag. 219

INTRODUZIONE

Il presente lavoro è finalizzato a fornire un quadro tendenzialmente esaustivo in ordine al fenomeno delle c.d. “società a partecipazione pubblica” focalizzando l’attenzione, in particolar modo, sui profili di responsabilità amministrativa degli amministratori di tali enti.

Il tema, nel momento in cui si scrive, è oggetto di un particolare “fermento” normativo a seguito dell’entrata in vigore della c.d. “riforma Madia” della Pubblica Amministrazione¹ che ha dato origine, in attuazione dell’art. 18 della legge delega, allo schema di decreto legislativo recante il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri in data 10 agosto 2016².

In una prima fase, ci si soffermerà sull’analisi delle forme di partecipazione pubblica in ambito economico per, poi, passare a delineare il “perimetro” della c.d. responsabilità amministrativa e contabile – affrontando le attuali questioni, non del tutto risolte, in punto di giurisdizione – e si dedicherà, infine, l’ultima parte de lavoro alle ipotesi, individuate perlopiù in via pretoria, di danno erariale c.d. “diretto”, quali il danno all’immagine ed alla concorrenza.

Preliminarmente è necessario, tuttavia, fornire un breve quadro del fenomeno delle società partecipate in Italia oggetto, recentemente, di grande attenzione da parte della commissione straordinaria della Revisione della Spesa in ragione della importante incidenza di tali soggetti, formalmente privati, sulla spesa pubblica.

Punto di partenza di tale analisi è rappresentato dai dati offerti dalla Banca Dati del Ministero dell’Economia e delle Finanze secondo cui il numero censito di partecipate presenti in Italia è pari a 7.726 di cui 5.549 (il 71,8% del totale) è rappresentato dalle c.d. municipalizzate. Il dato comprende sia le partecipazioni in soggetti di natura societari (circa l’85%, s.p.a., s.r.l., società cooperative e società consortili), sia gli enti pubblici locali ed altre entità in cui vi è una partecipazione al capitale da parte degli enti locali.

¹ L. n. 124 del 7 agosto 2015.

² <http://www.governo.it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n125/5566>

Tale dato, in realtà, come correttamente evidenziato recentemente dal Commissario Straordinario per la Revisione della Spesa³, non può essere considerato esaustivo.

La banca dati in questione, infatti, risulta per certi aspetti incompleta visto e considerato che, in *primis*, non tutti gli enti locali hanno risposto al censimento, ma soprattutto che in molti casi non si tiene conto del dato delle c.d. partecipazioni indirette in società di “secondo” o “terzo grado”.

Un quadro maggiormente adesivo alla realtà sembra emergere dalla banca dati del dipartimento delle Pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri, utilizzata per monitorare la composizione dei consigli di amministrazione, che ne censisce un numero superiore alle 10.000 unità⁴.

Quanto alla loro distribuzione territoriale esse si collocano in maniera abbastanza omogenea su tutto il territorio italiano con una leggera prevalenza al nord Italia.

Le attività svolte da tali società sono di tipo assolutamente eterogeneo: vi sono società (perlopiù “in house”) che forniscono servizi di natura prettamente strumentale (come ad esempio i servizi informatici); le c.d. *multiutilities* che forniscono servizi a pagamento quali energia elettrica, gas ecc.; altre che forniscono i servizi più svariati come gestione di casinò, farmacie ecc..

Sotto il profilo dimensionale ed occupazionale è da evidenziare come circa 3300 partecipate non abbiano dipendenti o ne abbiano un numero particolarmente esiguo, comunque inferiore al numero dei consiglieri di amministrazione che ne stanno a capo. Circa 2600 registrano un fatturato al di sotto del milione di euro⁵.

Altro dato degno di rilievo è rappresentato dall'anomala presenza di numerose “micropartecipazioni”: circa 1400 società vedono una quota di partecipazione pubblica (cumulativamente intesa) non superiore al 5%; circa 1900 non raggiungono il 10% e circa 2500 non vanno al di sopra del 20%.

³ COTTARELLI G., *La lista della spesa*, pagg. 96 e ss., Feltrinelli, 2015; si veda altresì l'interessante rapporto “*Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*” pubblicato in data 7 agosto 2014 sul sito http://revisionedellaspesa.gov.it/Programma_partecipate_locali_master_copy.pdf.

⁴ Il problema del coordinamento delle banche dati è stato recentemente affrontato dal d.l. 90 del 2014, convertito con legge 114 del 2014, sulla riforma della Pubblica Amministrazione che prevede la necessità di un coordinamento e conseguente razionalizzazione di tali strumenti di monitoraggio.

⁵ Dati reperiti dal *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali* disponibile al link http://revisionedellaspesa.gov.it/documenti/Presentazione_Programma_di_razionalizzazione_delle_partecipate_locali.pdf del 1 settembre 2014.

Quanto al costo “sociale” delle partecipate nazionali emerge come solo nel 2012 le stesse abbiano accumulato perdite per circa 1,2 miliardi di euro (concentrate per lo più nelle società fornitrici dei servizi di mobilità urbana). Tale dato, come acutamente rilevato dalla relazione del Commissario Straordinario per la Revisione della spesa, non tiene però conto delle diseconomie c.d. occulte rappresentate dai cospicui trasferimenti derivanti dai contratti di servizio intercorrenti tra partecipata ed ente partecipante cui spesso sono sottese finalità per così dire “sussidiarie”, in quanto il costo concordato per i servizi acquistati spesso appare fuori mercato con la conseguenza che il “delta” riconosciuto al di sopra di quello che possiamo definire il “valore normale” risulta, sostanzialmente, finalizzato a tamponare le perdite derivanti dalle non infrequenti inefficienze di gestione.

Un ultimo dato che deve essere necessariamente valorizzato al fine di comprendere la peculiarità delle società partecipate rispetto alle altre società operanti sul libero mercato, è quello relativo all’indice di bilancio c.d. ROE (“return of equity”, ovvero il rapporto tra il reddito netto e il capitale netto investito) registrato da tali soggetti.

Prendendo a riferimento le sole società con un patrimonio netto superiore al milione di euro (pur consapevoli della non omogeneità e quindi limitata rilevanza sotto il profilo della comparazione economica dei dati disponibili trattandosi di società operanti nei comparti più disparati aventi redditività di settore differenti) emerge sotto il profilo empirico come lo società aventi un dato negativo o comunque per così dire “patologico” al di sotto dell’1% rappresentino una quota assolutamente importante pari al 53,2 % del totale (1219 su 2291)⁶.

Il sintetico quadro appena esposto esprime in maniera chiara, da una parte, l’assoluta rilevanza in termini quantitativi del fenomeno nel panorama italiano e dall’altra la necessità in capo allo Stato di strumenti idonei per contrastare i danni derivanti dalla “*mala gestio*” delle società a partecipazione pubblica da parte di quegli amministratori che, spesso, sono a loro volta indiretta espressione del potere politico dell’ente partecipante.

⁶ Dati disponibili al link http://revisionedellaspesa.gov.it/documenti_2.html.

CAPITOLO I

LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

Sommario: 1. Lo Stato imprenditore. Breve excursus storico; 2. Le società c.d. “in house”; 3. Le società “miste”; 4. Società a c.d. “statuto singolare”. I casi di RAI S.p.a., ANAS S.p.a., ENAV S.p.a., Patrimonio dello Stato S.p.a. e ARCUS S.p.a.; 5. Le società quotate.

1. LO STATO IMPRENDITORE. BREVE EXCURSUS STORICO

Prima ancora di procedere all’analisi delle questioni sottese al riparto di giurisdizione relativo alla responsabilità degli amministratori nelle c.d. “partecipate”, pare opportuna una breva disamina storica del fenomeno dello Stato (inteso anche nelle sue articolazioni territoriali) nell’ambito dell’attività d’impresa.

Preliminarmente, è da evidenziare come il fenomeno delle partecipate pubbliche, che in Italia ha assunto dimensioni rilevanti e per certi aspetti anomalo rispetto alle altre nazioni europee, non possa essere ricondotto ad un “*unicum*”⁷ ma “soffra” di un’ampia frammentazione derivante, in primo luogo, da una poco organica produzione normativa che ha determinato la nascita di soggetti aventi veste societaria dalle caratteristiche eterogenee ed in secondo luogo dall’avvento della normativa comunitaria che ha ridisegnato il concetto di amministrazione pubblica in una prospettiva funzionalistica a “geometrie variabili” (così ricomprendendo nella categoria di “organismo di diritto pubblico” anche soggetti formalmente privati i quali, in ragione di alcune loro caratteristiche intrinseche debbono essere riqualificati in soggetti sostanzialmente pubblici).

In tal senso, non può ritenersi d’ausilio nemmeno quanto previsto dall’art. 2449 c.c., norma che, come evidenziato da autorevole dottrina, contiene una disciplina unitaria solo nell’apparenza⁸.

⁷ Sul punto CAMMELLI M. parla di una “oggettiva inesistenza di una categoria unitaria” in quanto “l’ordinamento contempla decine di tipi di società, di singole figure societarie, disciplinati da norme e principi differenti, tali da rendere quello delle società pubbliche un ambito segnato da diritti speciali e singolari”, in *Società Pubbliche*, voce Enciclopedia Giuridica, Annali V, 2012; in senso analogo CHITI M. P., *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009, 10, pag. 1115, MASSERA A., *Le società pubbliche*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009, 8, pag. 889.

⁸ ANTONIOLI M., *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Giuffrè, 2008.

Le peculiarità collegate alle diverse tipologie di partecipate rinvenibili nel nostro ordinamento risultano, come vedremo, collegate a filo doppio con la questione del tipo di responsabilità (e conseguente riparto di giurisdizione) erariale o sociale individuabili in capo ai soggetti amministratori.

Sotto questo profilo, anticipando le conclusioni enunciate dalla giurisprudenza più recente, è possibile ipotizzare la seguente classificazione:

- Società a statuto c.d. singolare, ovvero quelle società che pur avendo forma societaria sono connotate per legge di caratteristiche peculiari (in tema di *governance*, risorse pubbliche utilizzate ecc.) da renderla assimilabili a veri e propri enti pubblici;
- Società a partecipazione pubblica (maggioritaria o meno) non quotate, disciplinate in linea di principio dal codice civile e relativamente alle quali la giurisprudenza della Corte di Cassazione, dopo alcune pronunce altalenanti, ha escluso la configurabilità del danno erariale in capo agli amministratori (salvo per alcune ipotesi di danno diretto come ad esempio il danno all'immagine);
- Società a partecipazione pubblica minoritaria quotate, in ordine alle quali il legislatore ha espressamente preso posizione in ordine alla devoluzione al giudice ordinario delle controversie concernenti la responsabilità degli amministratori (art. 16 bis della legge 28 febbraio 2008⁹).
- Società riconducibili al modello delle c.d. "*in house*", relativamente alle quali la giurisprudenza più recente, enfatizzando il carattere "organico" di tali entità rispetto alle amministrazioni titolari delle quote o delle azioni ed in controtendenza rispetto all'orientamento inaugurato dalle Sezioni Unite nel 2009, ha riconosciuto il carattere erariale (con conseguente giurisdizione in capo alla Corte dei Conti) dei danni arrecati dagli amministratori.

⁹ articolo secondo cui "*per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello stato o di altre amministrazioni o di altri enti pubblici, inferiori al 50 per cento, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario*". È altresì previsto che "*le disposizioni di cui al primo periodo non si applicano ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*".

Ciò premesso, analizziamo brevemente *l'excursus* storico e normativo che ha caratterizzato l'avvento del fenomeno della partecipate pubbliche nel nostro ordinamento.

Tradizionalmente, si ritiene che il primo esempio in ambito europeo di società a partecipazione pubblica sia rinvenibile nell'esperienza tedesca della seconda metà del secolo XIX dove, per mezzo dell'intervento dei Lander in società di diritto privato, si è dato vita ad una prima forma di pubblicizzazione di alcuni servizi pubblici di tipo essenziale. Analogamente, nei decenni successivi, si registrano interventi omologhi anche in altri ordinamenti di *civil law* quali Belgio, Francia e Austria. Con riferimento ai paesi di *common law*, eccezion fatta per la Gran Bretagna, il fenomeno non ha trovato radicamento.

Per quanto concerne l'esperienza italiana, il primo esempio di rilievo di società "pubblica" è rappresentato, ragionevolmente, nell'istituzione della Banca d'Italia, costituita con legge n. 449 del 1893 e rimasto fino agli anni venti del secolo scorso quale caso pressoché unico nel panorama nazionale.

Successivamente, alla fine del primo conflitto mondiale, nascono numerosi esempi di imprese ad interesse industriale di derivazione pubblica. È in questi anni, infatti, che sotto la forma della c.d. società anonima prendono vita, ad esempio, l'Azienda Generale Italiana Petroli (A.G.I.P.)¹⁰ e l'Azienda Tabacchi Italiani (A.T.I.)¹¹.

A partire dagli anni '30 - ed in particolare con l'istituzione dell'IRI a seguito della grande crisi appena conclusa - l'intervento dello Stato nel tessuto imprenditoriale assume contorni più massicci dando vita al fiorente periodo delle "Partecipazioni Statali" nell'ambito dei settori ritenuti strategici che durerà fino alle politiche di privatizzazione formale/sostanziale inaugurate negli anni '90.

Lo schema operativo di fondo ha visto lo Stato non assumere direttamente il ruolo di azionista avendo lo stesso preferito avvalersi, come evidenziato da condivisibile dottrina, "*della mediazione tecnica dell'ente pubblico, che, in forma di holding pubblica, ha acquisito e quindi gestito le partecipazioni nelle società operative costituite secondo le regole del diritto comune*".

In quegli anni, ad esempio, vedranno la luce ENI (l. n. 136 del 1953), EGAM (d.p.r. n. 574 del 1958), EAGAT (d.p.r. n. 576 del 1958), EFIM (d.p.r. n. 38 del 1964), Alitalia

¹⁰ Istituita con r.d.l. n. 526 del 1926, convertito con legge n. 1262 del 1926.

¹¹ Istituita con r.d.l. n. 13 del 1927, convertito con legge n. 2399 del 1927.

S.p.a. (d.lgs. n. 88 del 1946), STET S.p.a. (d.l. n. 374 del 1957), RAI S.p.a. (l. 103 del 1975), Monte Titoli S.p.a. (l. n.289 del 1986) ecc..

Data l'importanza del fenomeno, nel 1956 prende forma il Ministero delle Partecipazioni Statali istituito con legge n. 1589 del 1956 cui è demandata la potestà di indirizzo sugli enti pubblici di gestione in coordinato con le direttive formulate dal Comitato Interministeriale delle Partecipazioni Statali.

Ruolo sensibile viene, poi, attribuito al CIPE cui viene riconosciuto, a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 685 del 1967 e del d.p.r. n. 554 del 1967, il potere di accertare l'aderenza dei programmi annuali e pluriennali degli enti al programma economico nazionale.

Per quanto concerne il fenomeno delle società a partecipazione pubblica in ambito locale lo stesso seguì un percorso evolutivo parzialmente differente rispetto all'esperienza registrata in ambito statale.

La principale problematica, che ne ha limitato la diffusione prima degli anni '90 del secolo scorso, trovava fondamento nell'assenza di un riferimento normativo adeguatamente certo a disciplina del fenomeno. Sebbene, infatti, in dottrina fosse ampiamente diffuso l'orientamento che ne affermava l'ammissibilità ,soprattutto alla luce dell'art. 11 c.c. che riconosceva in via generale agli enti pubblici la capacità di diritto privato e la conseguente possibilità di procedere alla costituzione di società, *“difettava un quadro giuridico di riferimento in grado di indirizzare e sorreggere adeguatamente le amministrazioni dal momento dell'opzione per la forma societaria a quello della definizione dei rapporti tra ente locale e società”*¹².

Un primo spunto normativo di carattere generale, che di fatto ha coinciso temporalmente con l'espandersi del fenomeno delle partecipate locali, è rappresentato dall'art. 22 l. 142 del 1990 che prevedeva in via esplicita la possibilità di ricorrere al modello societario per la gestione dei servizi pubblici.

A partire dagli anni '90, il passaggio ad un modello di carattere privatistico, a scapito della aziende speciali (che per anni hanno rappresentato il primo strumento di gestione di attività “economica” da parte degli enti locali), ha trovato terreno fertile nell'esigenza degli enti locali di avvalersi di strumenti operativi maggiormente flessibili che non fossero soggetti ai meccanismi propri della burocrazia amministrativa.

¹² CAMMELLI M., *Società pubbliche*, in Enciclopedia del Diritto (Annali V, 2012), pag. 1191.

La sostanziale deregolamentazione del fenomeno, che ha favorito la nascita di tali entità anche al di fuori dell'ambito dei c.d. servizi pubblici, ha dato luogo a numerosi abusi che, nel corso degli anni, hanno costretto il legislatore a porre dei normali freni.

In particolare, la strumentalizzazione a fini clientelari delle società partecipate, utilizzate spesso per procedere ad assunzioni in deroga al principio del concorso pubblico o per conferire incarichi nei consigli di amministrazioni con remunerazioni di importi cospicui totalmente sganciate dalla resa operativa delle società, ha portato il legislatore, a partire dalla seconda metà degli anni 2000, ad inserire alcuni doverosi correttivi il cui effetto - soprattutto a seguito dell'inserimento ai vincoli di finanza pubblica- in alcuni casi, è stato quello della dismissione di taluni enti societari con conseguente "ritorno" allo strumento dell'azienda speciale¹³.

In questo contesto si inserisce, inoltre, l'intervento del legislatore comunitario e della giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha preso a cuore il fenomeno ai fini della tutela del valore primario della concorrenza individuando la figura del c.d. organismo di diritto pubblico cui ci si soffermerà nel prosieguo.

Procediamo, quindi, ad una breve analisi dell'evoluzione normativa che ha avuto ad oggetto le partecipate locali.

In principio si è già citato l'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142 (successivamente trasfuso nell'art. 113 del Testo Unico Enti locali) il quale ha introdotto la possibilità di ricorrere all'affidamento dei servizi a società per azioni con partecipazione pubblica prevalente¹⁴.

Con riferimento al procedimento di trasformazione delle aziende speciali, l'art. 115 del d.lgs. 267/2000 (TUEL) ha previsto che tale "mutazione" potesse avvenire per il tramite di un atto di costituzione unilaterale individuando il capitale sociale per un importo che non si ponesse al di sotto del *quantum* previsto a titolo di fondo di dotazione delle aziende¹⁵.

¹³ Sull'ammissibilità di tale procedimento di "ritorno" si è espressa in senso favorevole la Corte dei Conti Sez. della Autonomie con delibera nl. 2 del 21 gennaio 2013.

¹⁴ Il vincolo di prevalenza è stato successivamente abrogato a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 12 della legge 498 del 1992.

¹⁵ In merito il comma 3 di tale articolo prevede che *"Ai fini della definitiva determinazione dei valori patrimoniali conferiti, entro tre mesi dalla costituzione delle società, gli amministratori devono richiedere a un esperto designato dal presidente del tribunale una relazione giurata ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2343, primo comma, del codice civile. Entro sei mesi dal ricevimento di tale relazione"*

La facoltà di trasformazione diventava obbligo nell'ipotesi di organismi di gestione cui erano affidati servizi pubblici locali aventi rilevanza industriale o a rilevanza economica¹⁶.

Il primo rilevante intervento del legislatore al fine di regolamentare il fenomeno, sulla spinta di esigenze di tutela della finanza pubblica e di maggiore conformità degli organismi partecipati ai principi di cui agli artt. 3 e 97 della Costituzione, è rappresentato, indubbiamente, dalla norma introdotta con l'art. 3 comma 27 e seguenti della legge n. 244 del 2007 (finanziaria per l'anno 2008)¹⁷.

Il fine della novella citata era quello di limitare il perimetro del fenomeno, imponendo alle amministrazioni pubbliche di detenere partecipazioni esclusivamente in società aventi finalità compatibili con il raggiungimento dei fini dell'ente pubblico. Lo scopo evidente di tali norme era quello di limitare la costituzione di nuovi enti societari attivi in settori che poco o nulla avevano a che fare con gli scopi perseguiti dagli enti partecipanti.

Quanto alle linee interpretative seguite in giurisprudenza sul tema, pare opportuno soffermarsi, brevemente, sulle conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza contabile

gli amministratori e i sindaci determinano i valori definitivi di conferimento dopo avere controllato le valutazioni contenute nella relazione stessa e, se sussistono fondati motivi, aver proceduto alla revisione della stima. Fino a quando i valori di conferimento non sono stati determinati in via definitiva le azioni delle società sono inalienabili”.

¹⁶ In tal senso si veda l'art. 35 comma 8, l. 488/92 così come modificato dal successivo d.l. 138/2002 convertito con l. 178/2002.

¹⁷“27. Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. E' sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza.

28. L'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali devono essere autorizzati dall'organo competente con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui al comma 27. La delibera di cui al presente comma è trasmessa alla sezione competente della Corte dei conti.”

negli anni successivi, a partire dalla pronuncia n. 70 della Sezione Controllo Lombardia del 2010 che ne ha delineato i punti essenziali¹⁸.

Le pronunce in questione, nel rilevare preliminarmente che l'accertamento di una finalità "istituzionale" in capo all'ente costituendo "*è espressamente demandato all'ente che deve effettuare questa verifica prima di procedere alla costituzione della società*" (art. 3, comma 28, legge n. 244/2007), evidenzia come, al fine di individuare il perimetro di applicazione delle norme in questione, sia necessario individuare da una parte le funzioni di competenza degli enti locali e, dall'altra, verificare la possibilità di svolgerle per il tramite dello strumento societario.

Sotto il primo profilo, la giurisprudenza evidenzia come, a seguito delle modifiche apportate al Titolo V, l'ordinamento italiano abbia dato definitivo riconoscimento al principio di sussidiarietà amministrativa¹⁹.

Lungo tale direttrice, oltre all'art. 5, si inseriscono i novellati artt. 118 comma 1 e 120 comma 2 della Carta Costituzionale i quali richiamano "*espressamente il principio di sussidiarietà quale elemento costitutivo della ripartizione delle competenze fra i vari livelli di governo della Repubblica*"²⁰.

Le medesime considerazioni, ribadisce la Corte dei Conti, valgono anche a livello transnazionale, "*poiché il Consiglio d'Europa, approvando la Carta europea delle autonomie locali*²¹, *nel preambolo ha specificato che le collettività locali devono essere considerate un elemento fondante di qualsiasi stato democratico e che l'attribuzione alle stesse di responsabilit   effectives consente l'esistenza di un'amministrazione pi   efficace e vicina ai cittadini*".

Il quadro che emerge dalla sopra riportata cornice normativa   che, in linea di principio, l'unico titolare di "*default*" della totalit   delle funzioni amministrative sia l'ente locale comunale, fatta salva, ovviamente, la possibilit   in capo al legislatore nazionale e regionale di limitare tale operativit   in quei settori dove per ragioni di efficacia risulti

¹⁸ Sulla stessa linea: Corte dei Conti, Sezione Controllo Piemonte n. 335/2013, Corte dei Conti, Sezione Controllo Lombardia n. 25/2012, Corte dei Conti, Sezione Controllo Lombardia n. 912/2010, Corte dei Conti, Sezione Controllo Lombardia n. 861/2010.

¹⁹ L'art. 5 Cost. prevede espressamente che "*La Repubblica (omissis) riconosce e promuove le autonomie locali*".

²⁰ Corte dei Conti, Sezione Controllo Lombardia n. 25/2012.

²¹ Carta firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1985 ed oggetto di ratifica con l. n. 439/1989.

opportuno riservarle a “livelli” amministrativi superiori (province, città metropolitane, regioni, Stato)²².

Premesso tale primo aspetto di carattere generale, la giurisprudenza della Corte dei Conti si sofferma ad analizzare il concetto di “*servizi di interesse generale*” che abiliterebbe la costituzione di enti di natura societaria ai sensi dall’art. 3 legge finanziaria per il 2008.

In tal senso, nel richiamare conclusioni già raggiunte dalla giurisprudenza amministrativa²³, afferma come la categoria dei “*servizi di interesse generale*” coincida con quella di servizi pubblici locali e conseguentemente evidenzia come “*la più volte citata valutazione di stretta inerenza delle attività di produzione di beni o servizi della società con il perseguimento delle finalità istituzionali dell’ente sarebbe limitata alle c.d. “società strumentali”*”²⁴.

Rilevante novella normativa, intervenuta l’anno successivo, è rappresentata dall’art. 14 comma 32 del d.l. 78/2010 che ha previsto importanti limitazioni al mantenimento di società partecipate da enti locali con un numero di abitanti inferiore a 30.000²⁵.

La norma in questione è stata oggetto di un dibattito interpretativo in ragione, da una parte, dell’infelice locuzione utilizzata “*fermo restando quanto previsto dall’art. 3, commi 27, 28 e 29*” e, dall’altra, dai molteplici interventi legislativi in tema di modalità di partecipazione degli enti territoriali alle società di capitali.

Due le tesi sul campo.

²² Sulla stessa linea condivisibile giurisprudenza amministrativa (Cons. di Stato, V, n. 6317/2004), nell’affrontare la questione del perimetro di intervento del potere regolamentare in capo ai comuni, ha specificato che lo stesso non è limitato alle materie specificate da una legge determinata, ma ha carattere generale “*in considerazione della caratterizzazione degli enti locali come enti a fini generali*”.

²³ Cons. di Stato, V, n. 3767/2009. Sulla stessa linea interpretativa Cons. di Stato, V, n. 5214/2010 secondo cui l’art. comma 27 l. 244/2007 “*si riferisce per giurisprudenza costante, alle c.d. società strumentali, ossia che svolgono attività amministrativa per conto dell’ente territoriale, ma per dettato normativo espresso non si applica alle società che svolgono servizi pubblici*”.

²⁴ Corte dei Conti, Sezione Controllo Lombardia n. 25/2012.

²⁵ “32. Fermo quanto previsto dall’art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società. Entro il 31 dicembre 2012 i comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni”, comma poi abrogato dalla L. 147/2013.

Secondo un orientamento meno restrittivo, il riferimento al “*fermo restando*” suddetto implicherebbe il divieto di detenere partecipazioni di natura diversa rispetto a quelle consentite dall’art. 3 comma 27 e seguenti.

Per altra corrente di pensiero, che si basa su una interpretazione letterale della norma, gli enti locali al di sotto dei 30.000 abitanti non sarebbero *tout court* abilitati a detenere alcuna partecipazione azionaria con conseguente obbligo di dismissione di quelle in essere.

Entrambe le posizioni, secondo la giurisprudenza della Corte dei Conti, presenterebbero delle criticità: da una parte, infatti, si ritiene come una lettura estensiva si porrebbe in controtendenza rispetto all’intento dichiarato del legislatore di voler porre un freno alla creazione di nuovi enti partecipati; dall’altra, una interpretazione eccessivamente rigorosa parrebbe incompatibile col “*fatto che lo stesso legislatore (omissis) ha previsto che in alcuni casi servizi od attività di pertinenza degli enti locali debbano essere svolti per il tramite di società di capitali*”²⁶.

In merito, la soluzione prospettata dalla giurisprudenza contabile appare ampiamente condivisibile.

Viene affermato, infatti, come l’unica interpretazione utile della norma in oggetto sia quella più restrittiva abbracciata dal secondo degli orientamenti sopra esposti. Il legislatore, infatti, ha voluto affiancare al comma 27 art. 3 legge finanziaria del 2008 (che ha previsto un criterio limitativo di natura prettamente qualitativa) un ulteriore criterio di carattere quantitativo parametrato sul numero di abitanti degli enti territoriali con l’evidente fine di voler favorire l’aggregazione tra organismi territoriali così evitando, da una parte “*il fenomeno della polverizzazione di società che non dispongono di risorse sufficienti per operare in modo soddisfacente*” e favorendo, dall’altra, la creazione di società aventi adeguata “*massa critica*” per operare²⁷.

Quanto alle criticità evidenziate in ordine all’accoglimento della tesi c.d. restrittiva si ritiene che le stesse siano agevolmente superabili in virtù del fatto che le norme che prevedono lo svolgimento di determinate attività per il tramite di società di capitali

²⁶ Corte dei Conti, Sezione Controllo Lombardia n. 25/2012.

²⁷ Nella pronuncia in analisi viene evidenziato come la posizione interpretativa di carattere “estensivo” che legittimerebbe la creazione di società anche agli enti locali “sotto soglia” purché in conformità del limite qualitativo di carattere generale del comma 27 art. 3 legge finanziaria 2008 implicherebbe ritenere la disposizione di cui alla l. 122/2010 di fatto priva di contenuto.

sarebbero da ritenersi quali norme di carattere speciale non abrogate in alcun modo dalle disposizioni di carattere generale in oggetto.

La spinta del legislatore a favorire la massiccia dismissione della partecipazioni in mano agli enti locali sembra incontrare, come rilevato da autorevole dottrina²⁸, una brusca inversione di tendenza a seguito dell'approvazione della legge di stabilità per il 2014²⁹.

Tale nuova normativa, disattendendo la linea legislativa seguita in precedenza volta ad *“ostacolare la costituzione di nuove società ed a imporre, in numerosi casi, la cessione delle partecipazioni in essere”*³⁰, sembra, al contrario, offrire nuova linfa al mantenimento del fenomeno.

Nel dettaglio, vengono introdotte numerose modifiche di carattere sostanziale che concernono, da una parte, la responsabilizzazione degli enti locali soci in ordine all'indirizzo ed al controllo dello stato finanziario delle società partecipate³¹ e, dall'altra, abrogano molti dei precedenti obblighi in tema di dismissioni e liquidazione delle società.

Tra le ulteriori novità di rilievo, introdotte con la legge finanziaria in oggetto, si segnalano:

- l'obbligo di procedere alla riduzione del compenso degli amministratori del 30%, nel caso in cui nei tre esercizi precedenti il risultato economico di gestione risultasse negativo;
- la revoca obbligatoria per giusta causa degli amministratori, nel caso in cui la società registrasse perdite nei due esercizi successivi (salva l'ipotesi in cui tale

²⁸ ASTEGIANO G., *Società pubbliche insolvenza e responsabilità*, IPSOA, 2015, pag. 20, il quale, nel rilevare l'inversione di tendenza del legislatore sul tema delle dismissioni, fa notare come, in ogni caso, la precedente normativa non avesse sortito gli effetti sperati non avendo mai avuto realmente inizio una massiccia fase di dismissione delle partecipate pubbliche in ragione delle esigenze manifestate dagli enti locali che hanno comportato la concessione di continue proroghe (come ad es. art. 71 comma 1 lettera e) della legge 69/2009) da parte del legislatore. Rileva, peraltro, l'autore come la nuova normativa sarebbe da interpretarsi come un mezzo per favorire una salvaguardia dei livelli occupazionali alla luce della forte crisi economica globale del post 2008.

²⁹ Legge 27 dicembre n. 147, art. 1 commi 550-569.

³⁰ ASTEGIANO G., *op. cit.*, pag. 20.

³¹ Su tutti si segnala, ad esempio, l'obbligo a partire dall'anno 2015 in capo agli enti comunali, nell'ipotesi in cui le società partecipate chiudessero l'esercizio in passivo, di procedere all'accantonamento in bilancio di un importo pari alla perdita registrata (ovviamente in misura proporzionale all'entità della partecipazione detenuta).

risultato negativo fosse coerente con un piano di risanamento eventualmente intrapreso);

- l'esclusione dai vincoli di assunzione delle società che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica, mentre non sono più escluse da tali vincoli le ex IPAB e le farmacie comunali;
- l'abrogazione dei vincoli quantitativi alle partecipazioni societarie introdotti dal d.l. 78/2010;
- il venir meno dell'obbligo di cessione o liquidazione delle società strumentali che nel 2011 abbiano registrato un fatturato superiore al 90% in relazione ai servizi prestati alle Amministrazioni partecipanti;
- l'abrogazione del comma 6 dell'art. 9 d.l. 95/2012³².

Attenzione al fenomeno delle partecipate dagli enti locali viene anche riservata dalla legge di stabilità per l'anno 2015³³ ai commi 611-616³⁴.

³² Il comma in questione recitava “è fatto divieto agli enti locali di istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'articolo 118, della Costituzione”.

³³ Legge n. 190/2014.

³⁴ 611. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 3, commi da 27 a 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, e successive modificazioni, e dall'articolo 1, comma 569, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, e successive modificazioni, al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica, il contenimento della spesa, il buon andamento dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza e del mercato, le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti locali, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, le università e gli istituti di istruzione universitaria pubblici e le autorità portuali, a decorrere dal 1° gennaio 2015, avviano un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, in modo da conseguire la riduzione delle stesse entro il 31 dicembre 2015, anche tenendo conto dei seguenti criteri:

a) eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche mediante messa in liquidazione o cessione;

b) soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti;

c) eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni;

d) aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica;

La normativa in questione si inserisce nel solco del processo di razionalizzazione delle partecipate possedute più o meno indirettamente dagli Enti Locali, al fine di assicurare rilevanti obiettivi quali il coordinamento della finanza pubblica; il contenimento della spesa; il buon andamento dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza e del mercato.

e) contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali, nonché attraverso la riduzione delle relative remunerazioni.

612. I presidenti delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano, i presidenti delle province, i sindaci e gli altri organi di vertice delle amministrazioni di cui al comma 611, in relazione ai rispettivi ambiti di competenza, definiscono e approvano, entro il 31 marzo 2015, un piano operativo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, le modalità e i tempi di attuazione, nonché l'esposizione in dettaglio dei risparmi da conseguire. Tale piano, corredato di un'apposita relazione tecnica, è trasmesso alla competente sezione regionale di controllo della Corte dei conti e pubblicato nel sito internet istituzionale dell'amministrazione interessata. Entro il 31 marzo 2016, gli organi di cui al primo periodo predispongono una relazione sui risultati conseguiti, che è trasmessa alla competente sezione regionale di controllo della Corte dei conti e pubblicata nel sito internet istituzionale dell'amministrazione interessata. La pubblicazione del piano e della relazione costituisce obbligo di pubblicità ai sensi del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

613. Le deliberazioni di scioglimento e di liquidazione e gli atti di dismissione di società costituite o di partecipazioni societarie acquistate per espressa previsione normativa sono disciplinati unicamente dalle disposizioni del codice civile e, in quanto incidenti sul rapporto societario, non richiedono ne' l'abrogazione ne' la modifica della previsione normativa originaria.

614. Nell'attuazione dei piani operativi di cui al comma 612 si applicano le previsioni di cui all'articolo 1, commi da 563 a 568-ter, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, e successive modificazioni, in materia di personale in servizio e di regime fiscale delle operazioni di scioglimento e alienazione. Le disposizioni del comma 568-bis dell'articolo 1 della legge n. 147 del 2013 si applicano anche agli atti finalizzati all'attuazione dei predetti piani operativi deliberati entro il 31 dicembre 2015.

615. Il secondo periodo del comma 1 dell'articolo 149-bis del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, è sostituito dal seguente: «L'affidamento diretto può avvenire a favore di società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione in house, comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale».

616. All'articolo 1, comma 568-bis, lettera a), della legge 27 dicembre 2013, n. 147, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al primo e al secondo periodo, dopo le parole: «allo scioglimento della società» sono inserite le seguenti: «o azienda speciale»;

b) al secondo periodo, le parole: «dodici mesi» sono sostituite dalle seguenti: «ventiquattro mesi».

In particolare, il comma 611, ribadendo l'operatività dei principi già enunciati dalla finanziaria per il 2008, introduce cinque criteri di razionalizzazione rivolti agli enti locali (evidentemente ispirati alle risultanze della relazione del Commissario Cottarelli sul fenomeno) incentrati, da una parte, sul contenimento di spesa (soppressione di società composte da soli amministratori o con numero di dipendenti inferiori ai componenti dei cda; riduzione delle remunerazioni degli organi amministrativi ecc.) e dall'altra sulla riorganizzazione del numero di partecipazioni, favorendo l'eliminazione di "doppioni" (attraverso fusioni, internalizzazione dei servizi ecc.) o di entità societarie non indispensabili al perseguimento delle finalità istituzionali. Con il comma 612 vengono, quindi, introdotte alcune linee operative rivolte agli enti locali prevedendo l'obbligo di redazione di un piano di razionalizzazione delle partecipate entro il 31 marzo 2015 e di una relazione, entro l'anno successivo, ove dovranno essere evidenziati i risultati conseguiti.

Le innovazioni introdotte, come, peraltro, evidenziato in dottrina³⁵, soffre l'evidente limite di non ipotizzare effettive sanzioni in capo agli enti che non provvedano nei modi e tempi indicati, con conseguente rischio di vedere inattuato il piano di razionalizzazione immaginato dal legislatore.

È ragionevole ritenere che importanti novità sul tema saranno demandate agli esiti della delega legislativa approvata con legge n. 124 del 7 agosto 2015 il cui art. 18 è intitolato "*riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche*".

2. LE SOCIETÀ C.D. "IN HOUSE"

Nel catalogo delle società a partecipazione pubblica, notevole rilievo è da attribuirsi alle c.d. società "*in house*".

Trattasi di un modello di origine "pretoria" i cui tratti salienti sono stati "forgiati" negli anni da parte della giurisprudenza interna e soprattutto della Corte di Giustizia.

Sebbene le problematiche del fenomeno *in house* intercettino perlopiù tematiche collegate al diritto della concorrenza in ambito comunitario, la tipologia di enti in questione assume una specifica rilevanza anche in tema di responsabilità degli amministratori delle società suddette, alla luce del recente arresto giurisprudenziale

³⁵ ASTEGIANO G., *op. cit.*, pag. 23;

(Cass. 26283 del 25 novembre 2013³⁶) che ha rivisitato un orientamento ormai ritenuto consolidato in punto di giurisdizione.

Al di là delle criticità specifiche della pronuncia citata, che analizzeremo nel prosieguo del presente lavoro, appare comunque doveroso soffermarsi puntualmente sulle caratteristiche del fenomeno in oggetto al fine fornire il corretto “perimetro” in cui inserire le conclusioni della giurisprudenza della Suprema Corte.

Tale perimetro, come vedremo, ha subito, peraltro, recentemente una importante rivisitazione da parte della legislazione comunitaria che ha rimesso in discussione un principio cardine del fenomeno dell'*in house* (ampiamente valorizzato dalla pronuncia della Cassazione del novembre 2013) rappresentato dalla necessaria partecipazione totalitaria da parte degli enti pubblici partecipanti.

Ricostruiamo, quindi, brevemente, il percorso giurisprudenziale interno e comunitario che hanno rispettivamente contribuito a fornire le linee guida per la corretta individuazione delle società c.d. *in house*.

L'“occasione” che ha dato propulsione, a partire dagli anni '90, alla corposa giurisprudenza comunitaria in tema di “*in house providing*” è da individuarsi nella necessità di trovare un punto di equilibrio tra due principi cardine riconosciuti in ambito europeo.

Da una parte, quello di concorrenza, il cui fondamento normativo è pacificamente desumibile dagli artt. 49, 56 e 106 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea³⁷; dall'altra quello di auto-organizzazione in capo alla P.A., anch'esso avente espresso riconoscimento in ambito europeo³⁸.

³⁶ In senso conforme Cass. SS.UU. n. 22608 del 24 ottobre 2014 e Cass. SS.UU. n. 7177 del 26 marzo 2014.

³⁷ Norme che prevedono il divieto di restrizioni alla libertà di stabilimento, alla prestazione di servizi e quello emanare (o comunque tenere in vita) “privilegi” in capo a imprese pubbliche o comunque soggetti aventi diritti speciali ed esclusivi che si pongano in contrasto con le disposizioni del Trattato.

³⁸ Si segnala ad esempio l'art. 6 n. 1 della Carta Europea della Autonomie Locali (firmata il 15 ottobre 1985 a Strasburgo e ratificata con l. 439 del 1989 secondo cui le entità locali devono essere nelle condizioni di “*poter definire esse stesse le strutture amministrative interne di cui intendono dotarsi, per adeguarle alle loro esigenze specifiche in modo tale da consentire un'amministrazione efficace*”. In ordine alla vincolatività di tale normativa, autorevole dottrina (SCRIMALI A., *Il Parlamento Europeo e la promozione delle autonomie locali negli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Riv. Ital. Di dir. Pubbl. com.*, 2005, pag. 899) afferma come la stessa, sebbene firmata dalla totalità degli Stati membri, non vincola l'Unione in quanto “*nasce al di fuori dell'ordinamento comunitario*”. Sul punto anche IAIONE C.,

Il nodo centrale della questione era rappresentato nella necessità di individuare in che termini ed in che misura un soggetto pubblico potesse approvvigionarsi dei servizi da soggetti formalmente terzi, quali società di diritto privato, ma di fatto inquadrabili quali mere propagazioni organiche del medesimo ente pubblico destinatario delle prestazioni, attraverso lo strumento dell'affidamento diretto, senza, quindi, ricorrere alle procedure di evidenza pubblica ordinariamente previste in ossequio ai già citati di principi di libera concorrenza.

Primi interessanti arresti sul punto sono individuabili nelle pronunce della Corte di Giustizia del 10 novembre 1998 (causa C-360 Arnhem) e del 9 settembre 1999 (causa C-108-98 Ri.San), le quali ammettevano la possibilità al ricorso dell'affidamento diretto nell'ipotesi in cui tra i soggetti coinvolti fosse da escludere un rapporto di effettiva terzietà in ragione di un potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato da parte dell'ente controllante.

La prima sentenza che, però, ha contribuito a fornire le coordinate decisive atte all'individuazione delle società riconducibili al fenomeno dell'"*in house providing*" è rappresentata dalla nota pronuncia Teckal del 18 novembre 1999 (causa C-107/98) la quale ammette la non necessità di dover ricorrere a procedure di evidenza pubblica alla presenza dei seguenti requisiti di carattere strutturale e funzionale:

- "*l'ente locale eserciti sulla società di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi*" (elemento strutturale);
- "*questa società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano*" (elemento funzionale).

Per quanto concerne, nello specifico, il criterio c.d. strutturale, nessuna indicazione veniva fornita in ordine alla necessità o meno che la partecipazione dell'ente affidante fosse totalitaria.

Sul punto, autorevole giurisprudenza del Consiglio di Stato si era espressa in senso negativo³⁹. Sul caso oggetto di pronuncia, i giudici di Palazzo Spada si erano, appunto, espressi riconoscendo la sussistenza del c.d. controllo analogo "*giacché il comune possedeva, per statuto, almeno il 51 per cento del capitale sociale della società per azioni affidataria e giacché la prevalenza del capitale pubblico doveva permanere per*

Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali, Jovene, 2007, pag. 145.

³⁹ Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5316 del 18 settembre 2003.

tutta la durata della società (art. 5, rispettivamente, commi 3 ed 1). Altre disposizioni dello stesso statuto conferivano al Comune una posizione dominante, per l'assenso riservatogli in caso di trasferimento di azioni da parte di altri soci, e perciò per il controllo sull'assemblea, nonché per la maggioranza riservatagli in sede di nomina e reintegrazione degli amministratori, con intuibili riflessi anche in ordine alla nomina degli altri amministratori e del collegio sindacale”.

Con la successiva pronuncia “Stadt Halle” dell’11 gennaio 2005, la Corte di Giustizia ha circoscritto, ulteriormente, il fenomeno in questione, imponendo, oltre le condizioni suddette, anche il requisito della partecipazione c.d. totalitaria da parte dell’ente pubblico affidante, escludendo, pertanto, la configurabilità di una società “*in house*” ogni volta in cui vi fosse la presenza, anche ampiamente minoritaria, nella compagine sociale di soggetti aventi natura privata⁴⁰.

Nella pronuncia in oggetto, i giudici di Strasburgo, dopo aver premesso al punto 48 della decisione che “*un’autorità pubblica, che sia un’amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi*”, affermava in maniera lapidaria come “*la partecipazione, anche minoritaria, di un’impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l’amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi*”.

La *ratio* di tale conclusione era da ricercarsi nell’asserita incompatibilità dello strumento dell’affidamento diretto nelle ipotesi in cui vi fossero coinvolti, anche se con partecipazioni marginali, soggetti privati, ciò in quanto le finalità di carattere lucrativo in capo a tali soggetti risultavano potenzialmente incompatibili, con conseguenti possibili effetti distorsivi sulla concorrenza, rispetto alle finalità pubbliche perseguite dall’ente co-partecipante⁴¹.

⁴⁰ Sentenza C-26/03.

⁴¹ “Al riguardo, occorre anzitutto rilevare che il rapporto tra un’autorità pubblica, che sia un’amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un’impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente. In secondo luogo, l’attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza far appello alla concorrenza pregiudicherebbe l’obiettivo di una concorrenza libera e non falsata

Come vedremo poi, il requisito della partecipazione totalitaria sembra essere stato ridimensionato dalle nuove direttive recentemente introdotte nel corso del 2014 in tema di procedure di appalto e di concessione⁴².

Ulteriori precisazioni di estrema rilevanza, in ordine alla verifica della sussistenza del requisito strutturale del controllo analogo, emergono dalla nota sentenza “Parking Brixen” del 13 ottobre 2005 nella quale, correttamente, viene evidenziato come non sia sufficiente ai fini di un legittimo affidamento “*in house*” la mera partecipazione totalitaria da parte dell’ente affidante nel capitale della controllata. Il controllo analogo, infatti, si sostanzia in una forma di controllo non di carattere meramente “dominicale”, ma sostanziale. L’ente affidante, in sostanza, deve essere effettivamente in grado di influire sulle principali scelte imprenditoriali della società affidataria, al di là del mero dato del possesso di quote.

Sul punto autorevole giurisprudenza “domestica”⁴³ ha cristallizzato alcuni principi di estrema importanza:

- Il soggetto pubblico affidante deve poter esercitare poteri maggiormente penetranti rispetto a quelli che il codice civile riconosce in favore del socio di maggioranza;
- la società affidataria non deve aver “*acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo*”. In tale senso assumono assoluta rilevanza indici quali la modifica o ampliamento dell’oggetto sociale; la previsione di apertura o meno alla partecipazione al capitale di soggetti privati e la vocazione territoriale o meno dell’attività esercitata;

ed il principio della parità di trattamento degli interessati contemplato dalla direttiva 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un’impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti” paragrafi 50 e 51 della pronuncia C-26-03.

⁴² Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari; direttiva 2014/25/UE sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori speciali dell’energia, acqua, trasporti e servizi postali; direttiva 2014/23/UE in tema di aggiudicazione dei contratti di concessione.

⁴³ Su tutte si segnala Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 1 del 3 marzo 2008 la quale, nell’escludere in linea di principio la possibilità di configurare un modello di “*in house*” nel caso delle c.d. società “miste” (nell’ipotesi di specie si trattava di una società denominata A.M.O.S. S.p.a, partecipata sia da soggetti pubblici che privati), sosteneva che requisito prodromico al fine di poter individuare un “controllo analogo” fosse dato dalla partecipazione totalitaria da parte dell’ente affidante.

- l'elemento del controllo analogo non può ritenersi configurato ogni volta in cui lo statuto sociale contenga previsioni in ordine alla possibilità di cedere le quote a capitali privati⁴⁴.
- le principali decisioni della società devono necessariamente passare il vaglio preventivo dell'ente pubblico controllante⁴⁵;

Con riferimento alla problematica poc'anzi accennata in tema di legittimità di uno statuto societario che contenga previsioni in ordine all'apertura (facoltativa o meno) del capitale a soggetti di natura privata, la giurisprudenza comunitaria si è espressa in senso assolutamente negativo in ragione del concreto rischio di applicazione in senso elusivo dei principi enunciati in tema di "*in house providing*". Viene evidenziato, infatti, il rischio concreto che un soggetto pubblico possa procedere ad affidamento diretto di un servizio a soggetto totalmente partecipato procedendo, poi, a stretto giro, alla privatizzazione di tale ente con evidente elusione dei principi concorrenziali imposti dalla normativa dell'Unione⁴⁶.

Sempre in tema di "controllo analogo", altre due importanti questioni affrontate in giurisprudenza (ed in parte riprese anche dalle recenti direttive del 2014 già citate) concerne la possibilità di configurare tale elemento anche in ipotesi di partecipazione indiretta per il tramite di *holding* ed in ipotesi di partecipazione c.d. parcellizzata tra più enti pubblici.

Sotto il primo profilo, si segnala la nota decisione *Carbotermo*⁴⁷ la quale, nel non escludere in linea di principio la configurabilità di un controllo analogo nell'ipotesi non infrequente di partecipazione c.d. indiretta, evidenzia come, in concreto, una siffatta ipotesi potrebbe determinare un indebolimento del controllo esercitato.

In tema di parcellizzazione della partecipazione tra più soggetti pubblici e controllo analogo, la giurisprudenza si è espressa in senso tendenzialmente positivo sostenendo che, a prescindere dalla quota posseduta (che in alcuni casi può essere anche marginale), non possa essere esclusa a priori l'esistenza di un effettivo controllo in comune. È

44 TAR Puglia, n. 5197/2006, in senso analogo CDS n. 5072 del 2006.

45 Consiglio di Stato n. 5 del 2007.

46 Sul punto si veda il caso *Mödling*, Corte di giustizia europea, Sez. I, 10/11/2005 n. C-29/04, dove il Comune in questione era intenzionato a procedere ad affidamento diretto del servizio di smaltimento dei rifiuti urbani ad una società (Abfallwirtschafts G.M.B.H.) totalmente partecipata per poi successivamente, nel giro di pochi, giorni dismettere la partecipazione di controllo in favore di privati.

47 Corte di Giustizia, 10/05/2006, n. C-340/04).

necessario, in sostanza, *“che la società sia davvero espressione della collaborazione intercomunale, utile per lo svolgimento in maniera unitaria e coordinata di determinati servizi pubblici”*⁴⁸.

Secondo il TAR Lazio n. 9988/2007⁴⁹, in particolare, al fine di verificare se gli enti partecipanti siano in grado di esercitare un effettivo controllo sull'attività decisionale della società controllata in via congiunta, è necessario che vengano riscontrati poteri in capo ai singoli soci sia di propulsione e proposta, sia di inibitoria in ordine ad eventuali determinazioni della società che si pongano in contrasto con gli interessi dell'ente locale rappresentato.

Sul medesimo tema, la Corte di Giustizia con la pronuncia C-324/07 del 13.11.2008, nell'affermare che il controllo c.d. analogo non deve necessariamente essere identico in ogni suo elemento rispetto al controllo esercitato sui propri servizi, esclude espressamente che tale controllo debba essere necessariamente individuale. Si afferma, in sostanza, che le autorità pubbliche possono ragionevolmente perseguire la propria *“mission”* anche attraverso la collaborazione con altri enti pubblici ed attraverso un organo decisionale di natura collegiale che possa esercitare in forma unitaria il potere attraverso l'ordinario criterio della maggioranza.

Ancora più recentemente, il Consiglio di Stato⁵⁰, nel disattendere la tesi del TAR territoriale – che aveva escluso la sussistenza del requisito del controllo analogo

48 GAROFOLI R., Manuale di Diritto Amministrativo, 2014, Neldiritto Editore, che richiama, sul punto, le sentenze TAR Friuli Venezia-Giulia, n. 634 del 15 luglio 2005, TAR Lazio n. 9988/2007 e Corte di Giustizia, 10/09/2009, n. C-573/07.

49 Pronuncia in tema di disciplina la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ex art. 113 TUEL.

50 CDS n. 1365 del 2009 secondo cui *“I principi di diritto enunciati nel caso “Coditel Brabant SA” smentiscono dunque la tesi “commercialistica” seguita dal T.a.r. della Campania. Invero, l'intero argomentare del Tribunale, in sé intrinsecamente coerente, poggia sull'inespressa premessa teorica della necessità, ai fini della configurabilità di un “controllo analogo”, della ricorrenza, in capo ad un socio pubblico, di un potere di controllo sulla società-organo assimilabile a quello, individuale, delineato dai primi due commi dell'art. 2359 c.c.. La diversa linea tracciata dalla Corte di giustizia, alla quale il Collegio ovviamente aderisce, è invece nel senso dell'esigenza che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario sia effettivo, ancorché esercitato congiuntamente e, deliberando a maggioranza, dai singoli enti pubblici associati. D'altronde l'impostazione del Giudice europeo trova riscontro nelle esperienze positive di molti Stati membri e, per quel che qui interessa, anche nel diritto amministrativo italiano che annovera diverse forme associative tra enti pubblici, anche per finalità di gestione in comune di pubblici servizi (si considerino, ad esempio, i consorzi di*

attraverso un'interpretazione “dominicale” di tale requisito, “ancorata” alle norme del codice civile in tema di *governance* – ha ribadito come l'elemento del “controllo” debba essere letto in una prospettiva “funzionale, che non necessariamente può essere identificato nel controllo previsto dall'art. 2359 c.c..

Ulteriore decisivo requisito, ai fini della configurabilità del fenomeno del c.d. “*in house providing*”, è rappresentato, come già accennato, da quello dello svolgimento in via prevalente dell'attività in favore della controllante.

Un primo dubbio interpretativo, risolto dalla giurisprudenza in senso favorevole, riguardava la possibilità di individuare o meno tale requisito non solo nell'ipotesi in cui l'attività fosse rivolta all'ente controllante (attività c.d. “strumentali”), ma anche in quella in cui l'attività fosse svolta per conto della stessa.

Sul punto, il Giudice Comunitario⁵¹, nella nota sentenza *Carbotermo*, evidenziando come “*per verificare se la situazione sia in questi termini il giudice competente deve prendere in considerazione tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative*” ha affermato che “*nel valutare se un'impresa svolga la parte più importante della sua attività con l'ente pubblico che la detiene, al fine di decidere in merito all'applicabilità della direttiva 93/36, si deve tener conto di tutte le attività realizzate da tale impresa sulla base di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente da chi remunera tale attività, potendo trattarsi della stessa amministrazione aggiudicatrice o dell'utente delle prestazioni erogate, mentre non rileva il territorio in cui è svolta l'attività*”.

cui all'art. 31 del D.Lgs. n. 267/2000), in cui il controllo da parte del singolo ente sull'attività svolta, nell'interesse comune, dalla specifica forma associativa non è “individuale”, ma intermediato e, quindi, inevitabilmente attenuato dall'applicazione delle regole sul funzionamento interno dell'istanza associativa. Muovendo da quanto testé osservato e provando a calare nella concreta fattispecie in esame gli insegnamenti della Corte di giustizia, il compito del Collegio consiste unicamente nel verificare se il meccanismo di controllo congegnato dai Comuni soci della Penisola Verde sia effettivo. La risposta è sicuramente di segno positivo. Merita infatti adeguata valorizzazione la circostanza che, attraverso l'istituzione di un organo, denominato *Assemblea dei Sindaci*, i Comuni soci si siano riservati, oltre a rafforzati poteri di controllo sulla gestione, il potere, ad esercizio necessariamente congiunto (stante il metodo di voto all'unanimità), di approvare in via preventiva tutti gli atti più rilevanti della società, ovverosia, tra le altre, tutte le deliberazioni da sottoporre all'assemblea straordinaria, quelle in materia di acquisti e cessioni di beni e partecipazioni, quelle relative alle modifiche dei contratti di servizio, quelle in tema di nomina degli organi e quelle in ordine al piano industriale”.

⁵¹ Corte di Giustizia, 11/05/2006, C-304-04.

Sul tema della prevalenza dell'attività, appare di interesse un recente intervento del Giudice delle Leggi⁵² avente ad oggetto l'art. 3 della legge n. 12/2007 della Provincia Autonoma di Bolzano contenente una norma che, nel disciplinare l'affidamento di servizi pubblici a rilevanza economica, individuava il requisito della prevalenza dell'attività sulla base del *“fatturato e delle risorse economiche impiegate”*.

Siffatta impostazione, in sostanza, fonderebbe la sussistenza del requisito c.d. funzionale sulla base di elementi di natura prettamente quantitativa.

Sul punto, la Corte si è espressa nel senso di dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma ritenendo che la stessa, nel fondare il giudizio di prevalenza solo su un giudizio quantitativo e non anche qualitativo, determinerebbe un *“ampliamento dei casi in cui è possibile il ricorso all'affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico”*, così dando luogo ad un potenziale restrizione del regime concorrenziale⁵³.

⁵² Corte Cost. n. 439 del 23 dicembre 2008.

⁵³ In particolare secondo la Corte *“Sul piano poi della verifica del rispetto del requisito in esame, la Corte di giustizia, in particolare, con la citata sentenza Carbotermo dell'11 maggio 2006, ha affermato che il giudice competente deve prendere in considerazione «tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative» (par. 64).*

Sul piano quantitativo, la stessa sentenza, al successivo paragrafo 65, fa espresso riferimento all'elemento del fatturato, osservando che «occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù di decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante». Inoltre, per mantenere una impostazione coerente con l'esigenza che l'indagine si svolga su un piano casistico, non sono ammesse rigide predeterminazioni connesse all'indicazione della misura percentuale di fatturato rilevante.

Sul piano qualitativo, alla luce di quanto affermato dalla giurisprudenza comunitaria (citata sentenza Carbotermo dell'11 maggio 2006), tale profilo incide o può incidere sulla natura dei servizi resi e, quindi, sul criterio per ritenere che una attività di impresa sia svolta in modo preponderante per l'ente pubblico conferente e solo marginalmente per il mercato perché, a prescindere dal dato quantitativo del fatturato, tale profilo può – in astratto – riverberare i suoi effetti sulla rilevanza dell'attività svolta dal soggetto al fine di considerare prevalente o solo marginale l'attività “libera” in una prospettiva di futura espansione della stessa nel mercato o in zone del territorio diverse da quelle di competenza del soggetto pubblico conferente.

Orbene, alla luce di quanto sopra, deve ritenersi sussistente il contrasto tra la norma impugnata e gli invocati parametri costituzionali.

Ed infatti, la suddetta norma – sul presupposto che l'affidamento in house possa essere giustificato se, tra l'altro, «la società realizzi la parte più rilevante della propria attività con uno o più degli enti che la controllano» (art. 3, comma 1, lettera c) – prevede, come si è già sottolineato, che «la rilevanza dell'attività (...) è considerata in base al fatturato e alle risorse economiche impiegate».

Per quanto concerne la disciplina domestica, è da evidenziare come ad oggi non esista una norma *ad hoc* che disciplini i presupposti per il riconoscimento di un rapporto c.d. “*in house*”⁵⁴.

A livello di diritto positivo, un primo spunto in materia era contenuto nel comma 5 dell’art. 113 d.lgs. 267 del 2000 secondo cui “*L’erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell’Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio: ...c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l’ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o gli enti pubblici che la controllano*”.

Tale normativa ha incontrato la sua abrogazione a seguito dell’introduzione del noto art. 23 bis del d.l. 112/2008 il quale, nel rimarcare l’assoluta eccezionalità dello strumento dell’affidamento diretto rispetto alle procedure di evidenza pubblica, statuiva che “*in deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l’affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall’ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall’ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta “in house” e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell’attività svolta dalla stessa con l’ente o gli enti pubblici che la controllano*”

Il giudizio di verifica della sussistenza del requisito in esame è, dunque, limitato alla valutazione di dati di tipo quantitativo; e tali devono ritenersi quelli che, al fine di stabilire se il soggetto in house possa considerarsi “attivo” sul mercato in ragione della rilevanza esterna dell’attività di impresa svolta, attribuiscono valenza esclusiva all’entità del fatturato e delle risorse economiche impiegate. Nella prospettiva comunitaria, invece, è necessario assegnare rilievo anche ad eventuali aspetti di natura qualitativa idonei a fare desumere, ad esempio, la propensione dell’impresa ad effettuare determinati investimenti di risorse economiche in altri mercati – anche non contigui – in vista di una eventuale espansione in settori diversi da quelli rilevanti per l’ente pubblico conferente”.

⁵⁴ Per una sintetica quanto esaustiva ricostruzione sul tema si veda quanto recentemente statuito dall’ordinanza del Consiglio di Stato n. 4793 del 20 ottobre 2015.

A seguito dell'esito della tornata referendaria tale norma venne abrogata dando luogo ad un vuoto normativo in materia e relativamente al quale si pronunciò la Corte Costituzionale con la sentenza n. 24 del 26 gennaio 2011.

Il Giudice delle Leggi, in particolare, affermò come *“all’abrogazione dell’art. 23-bis, da un lato, non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (reviviscenza, del resto, costantemente esclusa in simili ipotesi sia dalla giurisprudenza di questa Corte – sentenze n. 31 del 2000 e n. 40 del 1997 –, sia da quella della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato); dall’altro, conseguirebbe l’applicazione immediata nell’ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l’affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica. Ne deriva l’ammissibilità del quesito per l’insussistenza di impedimenti di natura comunitaria”*.

Un tentativo di ripristino della disciplina del citato 23 bis fu rappresentato dall’introduzione dell’art. 4, comma 13, del d.l. n. 138/2011, convertito con l. n. 148/2011, che ammetteva l’affidamento diretto a società *“in house”* a capitale interamente pubblico, come scelta praticabile in via eccezionale nei soli casi in cui il valore economico del servizio in oggetto fosse non superiore al tetto annuo di euro 200.000,00⁵⁵.

Tale norma, che non conteneva alcun riferimento agli elementi strutturali e funzionali per poter affermare di essere in presenza di un soggetto c.d. *“in house”*, venne dichiarata incostituzionale dalla nota pronuncia n. 199 del 2012 con la quale la Corte ha evidenziato come *“la disposizione impugnata viola, quindi, il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall’art. 75 Cost”*.

A seguito di tale abrogazione, recentemente, la Corte Costituzionale⁵⁶ è tornata sul punto ribadendo come *“a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell’art. 4 in esame (sentenza n. 199 del 2012) si è prodotto l’effetto, come rimarcato da questa Corte, di «“escludere l’applicazione delle norme contenute nell’art. 23-bis che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)” (sentenza n. 24 del 2011) e di consentire,*

⁵⁵ Somma individuata in questi termini dall’ art. 25, d.l. n. 1 24 gennaio 2012.

⁵⁶ Corte Cost. n. 32 del 2015.

conseguentemente, l'applicazione diretta della normativa comunitaria conferente» (così la citata sentenza n. 199 del 2012). Pur essendosi quindi ritenuto che, a seguito delle vicende abrogative, alla materia dell'affidamento in house «si deve ritenere applicabile la normativa e la giurisprudenza comunitarie [...] senza alcun riferimento a leggi interne» (sentenza n. 50 del 2013), non può sfuggire che «la normativa comunitaria consente, ma non impone, agli Stati membri di prevedere, in via di eccezione e per alcuni casi determinati, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale» (sentenza n. 325 del 2010)».

Ad oggi, quindi, nel quadro normativo nazionale, non si rinviene alcuna disposizione che indichi gli elementi strutturali e funzionali di un soggetto *in house*.

Le recenti discipline di settore, che hanno richiamato la nozione di tale istituto⁵⁷, fanno un espresso rinvio di carattere “mobile” rinviando all'ordinamento europeo per una corretta perimetrazione del fenomeno⁵⁸.

Recentemente, in ambito comunitario, interessanti novità sul tema emergono dal contenuto delle nuove direttive “appalti”⁵⁹ emanate nel corso del 2014 (con termine di recepimento previsto al 18 aprile 2016) che hanno parzialmente rivisto le coordinate giurisprudenziali cui si è fatto riferimento.

La materia era precedentemente disciplinata dalla direttiva 2004/18/CE dove all'art. 28 si affermava che, per l'aggiudicazione degli appalti pubblici⁶⁰, le amministrazioni aggiudicatrici si avvalgono delle procedure nazionali quali la procedura aperta, ristretta, negoziata e il dialogo competitivo.

Le nuove direttive intervengono a disciplinare il fenomeno dell'“*in house*”, senza però farne espressa menzione, dilatandone, per certi aspetti, i confini sia con riferimento al

⁵⁷ art. 1, comma 423, 533, 609 l. 190/2014.

⁵⁸ In tal senso si segnala il comma 1 dell'articolo 149-bis del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, secondo il quale «*L'affidamento diretto può avvenire a favore di società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione in house, comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale*».

⁵⁹ Direttiva 2014/24/UE nell'ambito dei settori ordinari, 2014/25/UE con riferimento alle procedure di appalto dei soggetti erogatori nei settori dell'energia, dei servizi postali, dell'acqua e dei trasporti e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

⁶⁰ La cui definizione era contenuta nell'art. 1 paragrafo 2 lett. a) della direttiva citata secondo cui “gli appalti pubblici sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi ad oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi”.

requisito strutturale, sia con riferimento a quello funzionale, così legittimando, almeno sotto il profilo teorico, il modello del c.d. “*in house*” di tipo orizzontale.

In particolare, gli art. 12 della direttiva appalti, art. 28 della direttiva settori speciali, art. 17 della direttiva concessioni (contenenti norme formulate in termini assolutamente analoghi) prevedono come all’individuazione di una relazione di tipo “*in house*” consegua l’esclusione dell’applicazione delle direttive.

I requisiti espressamente individuati per ritenersi configurata la figura dell’“*in house*” vengono individuati nei seguenti termini.

Con riferimento al c.d. controllo analogo (lett. a) dell’articolo citato) si ritiene che lo stesso si configuri ogni volta in cui un’amministrazione aggiudicatrice “*eserciti un’influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall’amministrazione aggiudicatrice*”.

Quanto all’ipotesi di un controllo c.d. congiunto, il comma 3 dell’articolo in oggetto prevede che lo stesso possa ritenersi sussistente ogni volta in cui:

- “*gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti;*
- *tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un’influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica;*
- *la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti*”.

Di particolare interesse appare la lettera c) del primo comma ove, di fatto, consente che la partecipazione pubblica non debba necessariamente essere di tipo totalitario ammettendo la compartecipazione dei privati nel capitale sociale a condizione che tali forme di partecipazione non comportino “*controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata*”. Trattasi, evidentemente, di una apertura rispetto all’approccio particolarmente restrittivo registrato in

giurisprudenza che imponeva quale requisito imprescindibile una forma di partecipazione pubblica totalitaria⁶¹.

Di sicuro rilievo appaiono, altresì, le coordinate offerte in ordine all'elemento c.d. funzionale della prevalenza dell'attività.

La lettera b del primo comma dell'art. 12 prevede esplicitamente che, per potersi configurare un rapporto di tipo *"in house"*, *"oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi"* specificando, altresì, che per determinare tale percentuale è necessario prendere *"in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto"*.

Dalle direttive appalti è possibile, inoltre, trarre interessanti spunti in tema di ammissibilità del c.d. *"in house"* orizzontale. Trattasi di un fenomeno che vede una società aggiudicatrice ed aggiudicataria non legate da un rapporto di controllo diretto, ma a loro volta sottoposte entrambe al controllo da parte di un come terzo soggetto.

Rispetto all'*"in house"* *"classico"*, in sostanza, la differenza si rinviene nella circostanza che il c.d. controllo analogo è in capo ad un soggetto terzo che lo esercita sulle controllate tra cui sussiste il rapporto.

Su tale figura si è soffermata di recente la Corte di Giustizia⁶² la quale, nel negare, nel caso specifico, la sussistenza della fattispecie in oggetto, sembra renderla ammissibile sotto il profilo teorico⁶³.

L'art. 12 più volte citato, sul punto, prevede l'esclusione dell'applicazione della direttiva anche *"quando una persona giuridica controllata che è un'amministrazione"*

⁶¹ Per completezza espositiva si evidenzia come un primo spiraglio di apertura al capitale privato in tema di *"in house"* si era già registrato a livello europeo nel regolamento CE trasporti 1370/2007 dove l'art. 5, par. 2 lett. a) affermava come *"la proprietà al 100% da parte dell'autorità pubblica...non è un requisito obbligatorio per stabilire il controllo analogo a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri"*.

⁶² Corte di Giustizia, sez. V, 8 maggio 2014, C-15-13.

⁶³ Anche a livello domestico si registrano pronunce che hanno scrutinato tale problematica, si segnalano in tal senso Consiglio di Stato. n. 2362 del 2014 e Cons. Giust. Reg. Sicilia n. 44 del 2012.

aggiudicatrice aggiudica un appalto alla propria amministrazione aggiudicatrice controllante o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata". La norma in questione sembra, appunto, far riferimento sia al fenomeno del c.d. "in house" "rovesciato" (dove la società aggiudicatrice è oggetto del controllo analogo da parte del soggetto aggiudicatario del servizio), sia a quello del sopra citato "in house" orizzontale.

Quanto all'impatto di tali innovative discipline sul diritto domestico nelle more del loro recepimento, è da evidenziare come i Giudici di Palazzo Spada⁶⁴, con riferimento alla direttiva 24/2014, abbiano escluso un'efficacia direttamente precettiva di tale normativa comunitaria ritenendo che le previsioni in esse contenute possano essere utilizzate ai soli fini ermeneutici.

Sul tema è doveroso segnalare una recente ordinanza del Consiglio di Stato (n. 4793 del 20 ottobre 2015) che si è interrogata sulla rilevanza delle nuove disposizioni delle citate direttive che, in qualche modo, hanno ampliato il campo applicativo dell'"in house providing" sotto il profilo dell'elemento funzionale dell'attività prevalente, facendo rientrare nel computo anche gli affidamenti disposti "da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi".

I giudici amministrativi di seconda istanza, in particolare, nel rilevare preliminarmente che le direttive in oggetto (in quanto non ancora recepite) non sono applicabili *ratione temporis* al caso oggetto di contenzioso, sottolineano comunque una rilevanza giuridica delle disposizioni in esse contenute in ragione soprattutto del principio di collaborazione che impone agli stati un dovere di *stand still*, consistente, per quanto concerne gli Stati membri, nell' "evitare qualsiasi misura che possa compromettere il conseguimento del risultato (C.d.G. C-129/96)", mentre per quanto concerne invece i giudici, nell'"evitare qualsiasi forma di interpretazione o di applicazione del diritto nazionale da cui possa derivare dopo la scadenza del termine di attuazione la messa in pericolo del risultato voluto dalla direttiva".

⁶⁴ C.d.s. in Adunanza Plenaria n. 16 del 30 luglio 2014.

Il Consiglio di Stato, alla luce anche della normativa contenuta nelle direttive appalti (non applicabile *ratione temporis* al caso di specie) si è, comunque, interrogata su alcuni aspetti mai chiariti dalla Giurisprudenza Comunitaria in tema di “attività prevalente” procedendo al rinvio pregiudiziale ex art. 267 sui seguenti quesiti:

“a) se, nel computare l’attività prevalente svolta dall’ente controllato, debba farsi anche riferimento all’attività imposta da un’amministrazione pubblica non socia a favore di enti pubblici non soci.

b) se, nel computare l’attività prevalente svolta dall’ente controllato, debba farsi anche riferimento agli affidamenti nei confronti degli enti pubblici soci prima che divenisse effettivo il requisito del cd. controllo analogo”.

Una eventuale risposta in senso affermativo alle questioni suddette comporterebbe, evidentemente, un ampliamento del perimetro del c.d. *“in house”* con conseguente “estensione” del raggio di giurisdizione della Corte dei Conti alla luce dei principi espressi dalla recente Cass. SS.UU. del n. 26283 del 25 novembre 2013 (fermo, ovviamente, restando gli esiti della delega contenuta nell’art. 18 della più volte citata riforma “Madia”).

La figura delle società c.d. *“in house”* ha trovato prevedibilmente spazio anche nel recente Testo Unico delle Società Partecipate (d.lgs. n. 15 del 2016), entrato in vigore in data 23 settembre 2016, che ha dato attuazione all’art. 18 della c.d. Legge Madia di riforma della P.A. emanata nell’agosto 2015.

Mutuando una tecnica normativa propria delle Istituzioni comunitarie, il decreto prevede all’art. 1 una serie di definizioni, evidentemente ispirate alle conclusioni raggiunte in materia dalla giurisprudenza domestica e della Corte di Giustizia, tra cui quella di “controllo analogo” e “controllo analogo congiunto”.

Il primo è identificato in una *“situazione in cui l’amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un’influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall’amministrazione partecipante”*. Il secondo, in maniera forse un po’ tautologica, è identificato nella *“situazione in cui l’amministrazione esercita congiuntamente con altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi”*.

Norma di riferimento del citato decreto è contenuta nell'art. 16 rubricato "*Società in house*"⁶⁵.

Al primo comma viene previsto espressamente che nelle società a controllo pubblico, oggetto di controllo analogo, titolari di un rapporto contrattuale ricevuto per affidamento diretto, non vi è spazio alcuno per i capitali di natura privata "*ad eccezione di quella prevista da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata*". Tale disposizione, nell'ammettere in linea astratta la compartecipazione del privato, purché ininfluente sotto il profilo operativo-gestionale, sembra ricalcare quanto previsto nelle recenti direttive appalti (oggetto nell'aprile 2016 di recepimento nel nuovo "Codice Appalti") dove, con riferimento all'ipotesi degli affidamenti effettuati ai soggetti c.d. "*in house*", non ha escluso che tali società affidatarie possano conoscere partecipazioni di tipo privato purché, in effetti, irrilevanti.

Il secondo comma torna, nuovamente, a delineare il concetto di controllo analogo individuando due ipotesi: società di tipo unipersonale, nel qual caso il requisito viene integrato quando "*l'amministrazione pubblica socia esercita un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società controllata*"; società a partecipazione pubblica pluripersonale, dove si avrà controllo analogo ogni volta in cui "*tutte le amministrazioni pubbliche partecipanti sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società controllata. Si applicano in tal caso le disposizioni dell'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24/UE*"⁶⁶.

⁶⁵ Nella versione provvisoria del decreto tale articolo era rubricato "*Società a controllo pubblico titolari di affidamenti diretti di contratti pubblici*".

⁶⁶ Si riporta qui di seguito il contenuto di tale disposizione:

"Un'amministrazione aggiudicatrice che non eserciti su una persona giuridica di diritto privato o pubblico un controllo ai sensi del paragrafo 1 può nondimeno aggiudicare un appalto pubblico a tale persona giuridica senza applicare la presente direttiva quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici un controllo sulla persona giuridica di cui trattasi analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi;
b) oltre l'80 % delle attività di tale persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o da altre persone giuridiche controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici di cui trattasi; e

Il prosieguo della norma prevede, poi, alcune modalità operative per dare attuazione alle disposizioni del primo e del secondo comma. In particolare è prevista la possibilità di ottenere un controllo analogo a mezzo di patti parasociali aventi anche durata superiore ai cinque anni (quindi in deroga alla disciplina ordinaria di cui all'art. 2341 bis c.c.). Con riferimento alle S.p.a. è possibile la previsione in via statutaria di clausole in deroga agli artt. 2380 bis e 2409 nonies del codice civile mentre, con riferimento alle s.r.l., gli statuti *“possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile”*.

In via statutaria è necessario prevedere che *“almeno l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci e che la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato sia consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società”*. Il mancato rispetto di tale disposizione viene qualificato *ex lege* quale grave irregolarità rilevante ai sensi dell'art. 2409 c.c., eventualmente sanabile nei successivi tre mesi dalla sua manifestazione attraverso una rinuncia agli affidamenti diretti o rinunciando, attraverso lo scioglimento dei contratti, ai rapporti di fornitura con soggetti terzi. Nel caso di rinuncia agli affidamenti diretti, *“le attività precedentemente affidate alla società controllata devono essere riaffidate, dall'ente o dagli enti pubblici soci, mediante procedure competitive regolate dalla disciplina in materia di contratti pubblici, entro i sei mesi successivi allo scioglimento del rapporto contrattuale”*. Nelle more della procedura, al fine di garantire una continuità di servizio, procederà la

c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Ai fini del primo comma, lettera a), le amministrazioni aggiudicatrici esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- i) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti;*
- ii) tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; e*
- iii) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti”*.

controllata originale affidataria. Alla rinuncia degli affidamenti diretti consegue, altresì, il venir meno di tutte quelle clausole statutarie o patti parasociali che garantivano il controllo analogo.

La norma si chiude, quindi, con la previsione che *“le società a controllo pubblico sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina in materia di contratti pubblici”*.

3. LE SOCIETÀ “MISTE”

Quota importante delle società a partecipazione pubblica presenti in Italia è rappresentata dalle c.d. società “miste” a capitale sia pubblico che privato.

Sotto il profilo classificatorio, non è dato individuare un modello unico di siffatto tipo di organismi. È possibile distinguere, ad esempio, tra società miste quotate e non quotate; a partecipazione statale o degli enti locali; a partecipazione pubblica maggioritaria o minoritaria; con partecipazione privata in capo a soci operativi o meramente finanziatori ecc..

Sotto il profilo fenomenico, è da registrare come ad oggi, a fronte di un progressivo venir meno delle società a partecipazione statale, anche a seguito delle operazioni di dismissione azionaria intervenute nei decenni scorsi, ai fini di una privatizzazione sostanziale di imprese strategiche, il modello ha trovato ampio utilizzo a livello territoriale soprattutto con riferimento ai servizi pubblici, al punto che nota dottrina⁶⁷ ha parlato apertamente di un “neosocialismo municipale” che avrebbe dato origine a partire dagli anni '90 ad uno Stato *“leggero al centro, pesante alla periferia”*.

Il modello “misto”, spesso individuato in contrapposizione ad un modello c.d. totalitario, che trova la sua applicazione tipica nel fenomeno del c.d. *“in house”*, è oggetto di problematiche di carattere assai peculiare che concernono in primo luogo la non agevole compatibilità tra fine pubblico e scopo di lucro di cui all'art. 2247 c.c. (cui si ricollegano ovviamente le tematiche inerenti alla tutela del socio privato a fronte delle normative di carattere speciale che riguardano ad esempio la governance ecc.) ed in secondo luogo la compatibilità di siffatto modello con le regole di derivazione comunitaria in tema di evidenza pubblica.

Si procederà, quindi, a sintetizzare brevemente l'exkursus normativo intervenuto sul tema, sia a livello domestico che sovranazionale, per quindi soffermarsi sul quadro

⁶⁷ CASSESE S., *Il neosocialismo municipale*, in *Corriere della Sera* del 29 ottobre 2003.

normativo attuale (dedicando alcuni spunti anche al peculiare fenomeno delle società quotate), anche alla luce del recentissimo approdo normativo rappresentato dal progetto di decreto legislativo emanato nel corso del febbraio 2016 in esecuzione della legge delega “Madia” dell’agosto 2015.

Primo importante impulso alla nascita delle società statali a partecipazione mista è rappresentato, indubbiamente, dalla politica delle privatizzazioni che si è imposta soprattutto negli anni ’90 al fine di ridurre, in primo luogo, il debito pubblico ed in secondo luogo favorire una maggiore efficienza e competitività delle imprese⁶⁸.

Normativa di riferimento in tal senso è contenuta nel D.L. n. 332 del 1994⁶⁹ il quale, nel prevedere una disciplina unitaria⁷⁰ in tema di dismissione partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni, prevede espressamente al comma 2 dell’art. 1 che *“l’alienazione delle partecipazioni di cui al comma 1 è effettuata con modalità trasparenti e non discriminatorie, finalizzate anche alla diffusione dell’azionariato tra il pubblico dei risparmiatori e degli investitori istituzionali”*.

Quanto alle partecipate “miste” in ambito locale, pur trattandosi di un fenomeno già presente sin dagli anni ’70-’80 (si pensi, ad esempio, alle società finanziarie regionali), le stesse trovarono una prima legittimazione normativa di carattere sistematico, con specifico riferimento ai servizi pubblici, nell’art. 22 l. 142 del 1990. In particolare la lettera e) dell’articolo citato statuiva espressamente che i servizi pubblici locali potessero essere erogati anche *“a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di più soggetti pubblici o privati”*.

Veniva, quindi, per la prima volta sdoganato un modello di gestione privatistica alternativo a quelli già in uso (autoproduzione, aziende speciali ecc.) caratterizzato, peraltro, dal fatto di essere sottratto al modello di affidamento c.d. concessorio⁷¹.

⁶⁸ ROSSI G., *Privatizzazioni e diritto societario*, in Riv. Soc., 1994, pagg. 386 e ss.; IBBA C., *La tipologia delle privatizzazioni*, in Giur. Comm., 2001, pagg. 464 e ss..

⁶⁹ Decreto legge recante norme per l’accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni, convertito con l. 474 del 1994.

⁷⁰ Quanto a ulteriori provvedimenti normativi emanati sul tema in precedenza in via frammentaria si segnalano: l. 218 del 1990 (Legge “Amato”) e d.lgs. 356 del 1990 in tema di enti creditizi; d.l. n. 386 del 1991 in tema di imprese pubbliche statali; d.l. n. 333 del 1992 in tema di privatizzazione di IRI, ENI, INA ed ENEL.

⁷¹ Per una disamina sul tema si veda DE PRETIS D., *Le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili comparati*, in *Servizi pubblici e società private quali regole?*, a cura di DOMENICHELLI V. e

A tale normativa, riferita espressamente alle ipotesi di società a partecipazione pubblica maggioritaria, si affiancò ben presto la l. 498 del 1992 (*“interventi urgenti in materia di finanza pubblica”*) finalizzata a disciplinare le società a partecipazione minoritaria o, più correttamente, quelle *“senza il vincolo della proprietà maggioritaria di cui al comma 3 lett. e) dell’art. 22 della l. 8 giugno 1990, n. 142”*⁷².

La problematica di maggior respiro sul tema era rappresentata dal silenzio del legislatore in ordine alle modalità di scelta del socio privato. Se è vero, infatti, che una interpretazione *“comunitariamente”* orientata avrebbe dovuto suggerire come soluzione naturale quello dell’evidenza pubblica, è altrettanto vero che argomentazioni in senso contrario potevano essere desunte dalla circostanza che solo con riferimento alle società a partecipazione pubblica minoritaria venne prevista tramite il d.p.r. 533 del 1996 una disciplina di selezione *ad hoc* modellata sullo schema del c.d. appalto concorso di cui al d.lgs. 157/1995⁷³.

Sul punto, a cavallo del nuovo millennio, si era espressa autorevole giurisprudenza ordinaria e amministrativa optando per una soluzione di tipo concorrenziale in ragione dei principi comunque desumibili dal Regolamento di Contabilità di Stato che prevede come regola generale quella dei pubblici incanti⁷⁴.

Tornando all’evoluzione normativa del modello vediamo, quindi, che fino alla prima metà degli anni ’90 coesistevano sotto il profilo positivo due figure: la società mista di tipo *“maggioritario”* e quella di tipo *“minoritario”*.

SALA G., CEDAM, 2007, pagg. 1 e ss., GUERRERA F., *Lo statuto della nuova società “a partecipazione mista” pubblico-privata*, in Riv. Dir. Civ., 2011, 4, pag. 511.

⁷² Sulla nozione di *“prevalenza”* del capitale pubblico locale veniva rilevato da alcuni autori come non fosse chiaro se il termine facesse riferimento al possesso della maggioranza del capitale sociale o anche alla mera disponibilità del controllo societario. Sul punto DE MINICO G., *Le società per azioni a prevalente partecipazione pubblica locale secondo l’art. 22, lett e), l. 8 giugno 1990, n. 142*, in For. Amm., 1994, pag. 1666. Ulteriori questioni all’epoca irrisolte concernevano le modalità di scelta dei soci privati, la possibilità di replicare il modello anche al di fuori del settore dei servizi pubblici locali, nonché l’eventuale sussistenza di limiti di natura territoriale per l’operatività delle società miste (sul tema è intervenuto il legislatore con la l. n. 127 del 1997 specificando come la scelta del modello societario fosse consentita se resa opportuna *“in relazione alla natura o all’ambito territoriale del servizio”*). Sul tema ZIROLDI A., *Studi in tema di società a partecipazione pubblica* a cura di CAMELLI M., DUGATO M., pag. 32.

⁷³ In attuazione della direttiva all’epoca vigente 92/50/CEE in materia di appalti di pubblici servizi.

⁷⁴ Consiglio di Stato n. 192 del 1998; Cass. SS.UU. n. 754 del 1999; Consiglio di Stato n. 4850 del 2000.

Sul tema, come rilevato da acuta dottrina, rimanevano aperte alcune problematiche interpretative di rilievo⁷⁵.

In primis, come già accennato, ci si interrogava sull'estensibilità in via analogica della normativa in tema di società "minoritarie" anche a quelle di tipo "maggioritario". Il Secondo aspetto concerneva la sorte delle società a partecipazione pubblica esistenti e non conformi ai modelli tipizzati. Da ultimo, si poneva la non irrilevante questione dell'applicabilità o meno a tali fattispecie della normativa di cui alla l. 474/1994 in tema di dismissioni delle partecipazioni in mano pubblica.

In tale contesto si inserì, nel 1997, la l. c.d. *Bassanini bis* n. 127 la quale, nell'esprimere un evidente *favor* verso una privatizzazione sostanziale dei servizi pubblici locali, introdusse importanti innovazioni, tra cui la possibilità di fare ricorso anche alle società a responsabilità limitata⁷⁶ (non solo, quindi, S.p.a.)⁷⁷ e il riferimento espresso, tra i presupposti idonei a legittimare l'impiego del modello societario, anche all' "ambito territoriale" di riferimento⁷⁸.

Il comma 58 dell'art. 17 della *Bassanini Bis*⁷⁹, offriva, inoltre, una parziale soluzione alla questione del regime giuridico delle società preesistenti e, di fatto, non riconducibili ai modelli delineati dall'art. 22, l. 142/1990, inserendo un esplicito riferimento non solo alle società costituite, ma anche a quelle "*partecipate*" dall'ente locale.

Altro intervento di rilievo finalizzato alla privatizzazione è inserito nel comma 51 del già citato art. 17 il quale nel prevedere che "*i comuni, le province e gli altri enti locali possono, per atto unilaterale, trasformare le aziende speciali costituite ai sensi*

⁷⁵ ZIROLDI A., in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di CAMMELLI M. e DUGATO M., Giappichelli, 2008, pag. 41.

⁷⁶ Art. 17 comma 58, l. 157 del 1997.

⁷⁷ La possibilità di utilizzo del modello della s.r.l. aveva l'evidente vantaggio di poter usufruire di un tipo societario caratterizzato da un minor onere di capitalizzazione oltre che di una maggiore flessibilità gestionale, sul punto ZIROLDI A., *ult. op. cit.*, pag. 42.

⁷⁸ Siffatta locuzione è stata intesa correttamente come "sdoganamento" del modello societario avente attività "*extra moenia*", cosa di fatto preclusa al classico modello delle aziende speciali aventi una vocazione territoriale inevitabilmente legata all'ente locale di riferimento, sul punto ZIROLDI A., *ult. op. cit.*, pag. 42.

⁷⁹ "58. All'articolo 22, comma 3, della legge 8 giugno 1990, n. 142, la lettera e) è sostituita dalla seguente: "e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati".

dell'articolo 22, comma 3, lettera c), della legge 8 giugno 1990, n. 142, in società per azioni, di cui possono restare azionisti unici per un periodo comunque non superiore a due anni dalla trasformazione” disciplinava un procedimento particolarmente agevole nei tempi e nei modi⁸⁰.

I successivi comma 54 e 55 specificavano, poi, come le società previste dal citato comma 51 potessero essere costituite in previsione dell'applicazione delle norme di cui alla l. 474/1994 (dismissione delle partecipazioni pubbliche) o dell'art. 12 l. 498/1992 (società senza il vincolo della proprietà maggioritaria pubblica).

Negli stessi anni una particolare tipologia di società “mista” di respiro locale venne introdotta dall'art. 17 comma 59 della l. 127/1997 (norma poi riprodotta nell'art. 120 TUEL ad oggi ancora vigente⁸¹). Trattasi nello specifico delle c.d. “società di

⁸⁰ “Il capitale iniziale di tali società è determinato dalla deliberazione di trasformazione in misura non inferiore al fondo di dotazione delle aziende speciali risultante dall'ultimo bilancio di esercizio approvato e comunque in misura non inferiore all'importo minimo richiesto per la costituzione delle società medesime. L'eventuale residuo del patrimonio netto conferito è imputato a riserve e fondi, mantenendo ove possibile le denominazioni e le destinazioni previste nel bilancio delle aziende originarie. Le società conservano tutti i diritti e gli obblighi anteriori alla trasformazione e subentrano pertanto in tutti i rapporti attivi e passivi delle aziende originarie. 52. La deliberazione di trasformazione tiene luogo di tutti gli adempimenti in materia di costituzione delle società previsti dalla normativa vigente, ferma l'applicazione delle disposizioni degli articoli 2330, commi terzo e quarto, e 2330-bis del codice civile. 53. Ai fini della definitiva determinazione dei valori patrimoniali conferiti, entro tre mesi dalla costituzione delle società, gli amministratori devono richiedere a un esperto designato dal presidente del tribunale una relazione giurata ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2343, primo comma, del codice civile. Entro sei mesi dal ricevimento di tale relazione gli amministratori e i sindaci determinano i valori definitivi di conferimento dopo avere controllato le valutazioni contenute nella relazione stessa e, se sussistono fondati motivi, aver proceduto alla revisione della stima. Fino a quando i valori di conferimento non sono stati determinati in via definitiva le azioni dalle società sono inalienabili”.

⁸¹ “Art. 120 - Società di trasformazione urbana 1. Le città metropolitane e i comuni, anche con la partecipazione della provincia e della regione, possono costituire società per azioni per progettare e realizzare interventi di trasformazione urbana, in attuazione degli strumenti urbanistici vigenti. A tal fine le deliberazioni dovranno in ogni caso prevedere che gli azionisti privati delle società per azioni siano scelti tramite procedura di evidenza pubblica. ((2. Le società di trasformazione urbana provvedono alla preventiva acquisizione degli immobili interessati dall'intervento, alla trasformazione e alla commercializzazione degli stessi. Le acquisizioni possono avvenire consensualmente o tramite ricorso alle procedure di esproprio da parte del comune. 3. Gli immobili interessati dall'intervento di trasformazione sono individuati con delibera del consiglio comunale. L'individuazione degli immobili equivale a dichiarazione di pubblica utilità, anche per gli immobili non interessati da opere pubbliche.

trasformazione urbana”, ovvero di una particolare forma di società mista di scopo costituita su iniziativa di comuni o città metropolitane⁸². Rispetto al modello per così dire ordinario, la peculiarità di tale tipologia di società consisterebbe nell’ avere quale oggetto sociale esclusivo la progettazione, realizzazione e sfruttamento economico di *“interventi di trasformazione urbana, in attuazione degli strumenti urbanistici”*. Quanto all’individuazione degli azionisti privati, la norma prevede che *“siano scelti tramite procedura di evidenza pubblica”*.

Tappa successiva in materia è rappresentata dal nuovo T.U. degli Enti Locali introdotto con il d.lgs. 267/del 2000 ed in particolare dagli artt. 112 e seguenti in esso contenuti.

Nella sua formulazione originaria, il decreto citato riprendeva il modello maturato negli anni precedenti finalizzato a promuovere, in luogo delle aziende speciali, schemi operativi di tipo societario misto nelle due varianti conosciute (maggioritario-minoritario).

Le principali criticità del modello oggetto del T.U. concernevano le modalità di affidamento dei servizi in regime concessorio alle società partecipate (di tipo maggioritario) che non apparivano conformi ai principi di evidenza pubblica di matrice comunitaria.

Posta, infatti, la non sussumibilità di tale modello con quello dell’affidamento *“in house”* – alla luce delle note conclusioni (sentenza *“Teckal”* e successive) raggiunte dal giudice comunitario in ordine alla necessaria partecipazione totalitaria quale requisito imprescindibile per configurare il fenomeno – si palesò in maniera chiara la frizione del sistema utilizzato dell’affidamento diretto rispetto ai principi contenuti nei Trattati dell’Unione.

Gli immobili di proprietà degli enti locali interessati dall'intervento possono essere conferiti alla società anche a titolo di concessione))). 4. I rapporti tra gli enti locali azionisti e la società per azioni di trasformazione urbana sono disciplinati da una convenzione contenente, a pena di nullità, gli obblighi e i diritti delle parti.”

⁸² Secondo dottrina diffusa, tale modello di società mista, sebbene non inserito espressamente tra i contratti di PPP cui fa riferimento il comma 15 ter dell’art. 3 del Codice dei Contratti Pubblici, sarebbe comunque da qualificarsi come forma di partnership mista istituzionalizzata. Sul tema ex multis VITALE C., *La collaborazione pubblico-privato per l’attuazione delle prescrizioni urbanistiche. Le società di trasformazione urbana*, in *La collaborazione pubblico-privata e l’ordinamento amministrativo*, a cura di MASTRAGOSTINO F., Giappichelli, 2011, pagg. 363 e ss..

Inevitabile, pertanto, la procedura di infrazione avviata dalla Commissione nel novembre del 2000⁸³ in ragione dell'asserita violazione del meccanismo di affidamento dei servizi alle società a partecipazione maggioritaria delle norme contenute agli artt. 11 direttiva 92/50 e 20 direttiva 93/38 (con riferimento agli appalti pubblici di servizi) e dell'art. 49 del Trattato in tema di principi di trasparenza e parità di trattamento (con riferimento alle concessioni).

Il legislatore italiano corresse, quindi, il tiro con una profonda rivisitazione delle norme del TUEL, culminata con l'art. 35 l. 448/2001 (finanziaria per il 2002)⁸⁴, che ha, in primo luogo, differenziato tra servizi di rilevanza industriale e non, riservando ai primi, seppur con importanti deroghe ed un articolato regime transitorio⁸⁵, un sistema tendenzialmente votato alla piena concorrenza.

Un effetto per certi aspetti involutivo è conseguito dal successivo “restyling” delle norme contenute nel T.U.E.L. – ed, in particolare, dell'art. 113 – per mezzo del d.l. 269 del 2003 che hanno, evidentemente, temperato i “propositi” concorrenziali contenuti nella citata finanziaria per l'anno 2002.

In particolare, il nuovo comma 5 dell'art. 113 – senza individuare un criterio preferenziale per l'affidamento dei servizi e lasciando, quindi, agli enti locali piena libertà di scelta sul punto⁸⁶ – consentiva l'utilizzo di tre modelli operativi di fondo⁸⁷:

⁸³ Lettera SG (2000) D/108243.

⁸⁴ Novella normativa preceduta da una nota Circolare del Ministero delle Politiche Comunitarie datata 19 ottobre 2001 in cui si promuoveva un'interpretazione comunitariamente orientata secondo i principi espressi nell'atto di messa in mora dell'art. 113 TUEL.

⁸⁵ L'individuazione dei servizi da considerarsi di rilevanza industriale venne demandata ai sensi dell'art. 35 comma 16 della legge finanziaria per il 2002 ad un regolamento ex l. 400/1988.

⁸⁶ Sul punto si segnala che comunque il legislatore in sede di conversione del d.l. (l. 350 del 2003) aveva comunque inserito un comma V bis che demandava alle normative di settore, al fine di far venir meno le posizioni di monopolio, l'introduzione di “*regole che assicurino concorrenzialità nella gestione dei servizi da esse disciplinati*”.

⁸⁷ Art. 113 comma V: “*L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio: a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche; c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a*

società di capitali privata, scelta secondo i criteri dell'evidenza pubblica; società mista, in cui il meccanismo di scelta per evidenza pubblica era demandato al momento della individuazione del socio che avesse i requisiti necessari; affidamento diretto, a società che avesse i requisiti dell'"in house" così come perimetrati dalla giurisprudenza comunitaria.

Quanto ai servizi privi di rilevanza economica, la novella del 2003 ha parzialmente rivisitato il contenuto dell'art. 113 bis (introdotto dalla finanziaria per il 2002), affiancando alle istituzioni ed alle aziende speciali (ed in luogo delle "*società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali, regolate dal codice civile*" previste nella formulazione originaria) anche le "*società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano*"⁸⁸.

Nella vigenza della suddetta normativa, e prima dell'avvento dell'art. 23 bis d.l. 112/2008, i principali spunti di dibattito sul tema concernevano le corrette modalità di affidamento del servizio alle società miste, stante l'evidente necessità di elaborare una soluzione che non si ponesse in contrasto con i principi comunitari, anche alla luce degli orientamenti sempre più restrittivi, emersi nel tempo, in ordine ai requisiti dell'"in house".

Pare, quindi, opportuno soffermarsi, brevemente, sugli orientamenti emersi sul punto nella produzione giurisprudenziale domestica della seconda metà degli anni 2000, nonché sugli spunti offerti nel 2008 dalla "*Comunicazione interpretativa della*

quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano".

⁸⁸ L'art. 113 bis è stato poi dichiarato incostituzionale dalla nota pronuncia n. 272 del 2004 della Corte Costituzionale la quale ha escluso che con riferimento ai servizi di natura industriale potesse parlarsi di normativa a tutela della concorrenza di prerogativa statale (e quindi inderogabile da parte delle regioni). In tale sede viene infatti evidenziato come "*La tutela della concorrenza e l'inderogabilità della disciplina da parte di norme regionali sono però esplicitamente evocate in riferimento ai soli servizi pubblici locali attualmente classificati come "di rilevanza economica", di cui all'art. 113, e non già in riferimento ai servizi "privi di rilevanza economica" previsti dall'art. 113-bis. La nuova denominazione di questi servizi, adottata in conformità a tendenze emerse in sede di Commissione europea a decorrere dal settembre 2000, già di per sé può indicare che il titolo di legittimazione per gli interventi del legislatore statale costituito dalla tutela della concorrenza non è applicabile a questo tipo di servizi, proprio perché in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale*".

Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati”⁸⁹.

Come già accennato, sull'onda delle numerose pronunce della Corte di Giustizia, che nel corso dell'ultimo decennio avevano stretto sempre più le “maglie” dell'utilizzo legittimo del sistema dell'affidamento diretto, dottrina e giurisprudenza si sono ripetutamente interrogate sui riflessi di tale orientamento sul fenomeno delle società miste.

Secondo un primo orientamento restrittivo della giurisprudenza amministrativa, non vi era alcuno spazio per una ipotesi diversa da quella di un affidamento del servizio a tale tipologia di società per mezzo di procedure di evidenza pubblica⁹⁰.

Secondo altra tesi, l'ipotesi dell'affidamento diretto non era da escludersi, purché fosse riservato un momento competitivo alla scelta del socio privato che sarebbe entrato nella compagine sociale⁹¹.

Secondo un terzo orientamento, rivelatosi poi prevalente, le modalità dell'affidamento diretto non erano da ritenersi necessariamente incompatibili col modello della società pubblica a partecipazione mista, a condizione, però, che la gara, finalizzata all'individuazione del socio, contenesse allo stesso tempo la definizione del servizio da espletare legando a filo doppio le sorti e la durata di quest'ultimo con quello del partner privato.

Siffatta impostazione, ripresa in un primo momento dalla pronuncia del Cons. di Stato n. 456 del 2007, ha trovato sostanziale avvallo nella nota decisione dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 2008⁹², la quale, nel richiamare i principi contenuti nel libro verde della Commissione pubblicato nel 2004 in tema di Partenariato Pubblico e Privato, ha proceduto a cristallizzarne le condizioni di operatività.

In particolare, ha ritenuto necessario che:

- esista nel diritto positivo una norma che autorizzi la P.A. ad avvalersi dello strumento del partenariato pubblico privato;

⁸⁹ Su G.U. n. C 091 del 12 aprile 2008.

⁹⁰ Cons. Giust. Amm. Sicilia n. 4862 del 2007.

⁹¹ In tal senso Cons. di Stato n. 4862/2007.

⁹² Per una esaustiva rassegna sulle pronunce giurisprudenziali in materia si rinvia a CHIEPPA R., *Le società a partecipazione pubblica* a cura di GUERRERA F., Giappichelli, 2010, pagg.77 e ss..

- il socio privato venga scelto con gara;
- l'attività della nuova società partecipata sia rivolta in via prevalente in favore dell'autorità pubblica che ha dato vita alla sua costituzione;
- che la gara a doppio oggetto per la scelta del socio e l'affidamento del servizio definisca in maniera precisa la tipologia dei servizi resi;
- che il criterio di scelta del socio si fondi non sul parametro della sua solidità finanziaria, ma su quello dell'idoneità a svolgere i servizi oggetto dell'affidamento.

Conclusioni sostanzialmente analoghe sono state raggiunte a livello comunitario dalla già citata *“Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati”* pubblicata nel corso del 2008⁹³.

Tale comunicazione ha, di fatto, rappresentato la prima occasione in cui le Istituzioni Comunitarie hanno affrontato in maniera approfondita le problematiche connesse al fenomeno delle società “miste”, soffermandosi, in particolare, sulle questioni concernenti l'applicabilità dei principi dell'Unione in tema di appalti pubblici e concessioni nell'ipotesi dei c.d. PPPI (ovvero partenariati pubblico-privati istituzionalizzati)⁹⁴.

⁹³ Ampiamente sul tema si veda FABI F., LOIERO R., PROFITI F.S.E., *Il Partenariato pubblico-privato nell'ordinamento giuridico nazionale, comunitario ed internazionale*, Dike, 2015.

⁹⁴ Il tema è stato oggetto del *“Libro verde relativo ai Partenariati Pubblico-Privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni”*, presentato dalla Commissione Europea il 30 aprile 2004. In tale sede vengono individuate due categorie di partenariati in ragione degli strumenti giuridici attraverso i quali si realizzano tali operazioni: il partenariato contrattuale e il partenariato istituzionalizzato (entro cui si inserisce il fenomeno delle c.d. società miste). Il primo è basato su legami contrattuali tra i soggetti partecipanti alle operazioni, come ad esempio il modello concessorio. Il secondo, invece, si caratterizza per l'esistenza di ente di tipo societario le cui quote sono detenute congiuntamente dal soggetto pubblico e dal partner privato, avente la finalità di assicurare la realizzazione di un'opera o la gestione di un servizio a favore della collettività. A livello domestico un richiamo esplicito a tale istituto è contenuto al comma 15 ter (inserito dall'art. 2, comma 1, lettera a), d.lgs. n. 152 del 2008 e modificato dall'art. 44, comma 1, lettera b), decreto legge n. 1 del 2012 convertito dalla legge 24 marzo 2012, n. 27) dell'art. 3 del d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) secondo cui *“ai fini del presente codice, i «contratti di partenariato pubblico privato» sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la*

La locuzione sopra riportata si riferisce a soggetti frutto della cooperazione tra pubblico e privato⁹⁵, che si caratterizzano per la partecipazione di quest'ultimo non solo sotto il profilo meramente finanziario (caso che esula dalla definizione in esame) ma anche operativo.

La Commissione, consapevole sia delle potenziali criticità derivanti dall'applicazione di un modello siffatto sotto il profilo del necessario rispetto dei principi in tema di evidenza pubblica, sia dell'oggettiva difficoltà riscontrabile, sotto il profilo pratico, nel dover ricorrere ad una doppia gara (la prima per l'individuazione del partner privato, la seconda per l'affidamento del servizio), ha elaborato delle linee guida procedurali che ricalcano in buona parte quelle già delineate dalla giurisprudenza domestica.

Si è affermato, in particolare, che il socio privato deve essere selezionato con procedure trasparenti e concorrenziali che abbiano un "doppio oggetto" rappresentato dall'appalto o concessione da affidare e dal contributo operativo/amministrativo alla gestione della società ed ai servizi da essa prestati.

Affinché un bando di gara possa correttamente rispecchiare i principi suddetti, è necessario che lo stesso sia connotato da un adeguato grado di dettaglio che contempli, anche per mezzo di voci di capitolato di spesa, le eventuali possibili varianti in corso d'opera. È necessario, insomma, che, già a monte, i potenziali concorrenti siano in grado di misurarsi con criteri oggettivi e precisi, al fine di proporre la propria collaborazione operativa alla costituenda società mista cui verrà affidato il servizio.

Sulla stessa lunghezza d'onda si è assestata la giurisprudenza successiva della Corte di Giustizia⁹⁶, la quale, nel ribadire l'assoluta macchinosità di un sistema fondato sulla doppia gara, ha confermato la legittimità di un unico momento competitivo che avesse

progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi".

⁹⁵ Situazione che può derivare o dalla costituzione di una Newco ad hoc che coinvolga sin da subito il partner privato o dalla partecipazione di quest'ultimo ad una società pubblica già esistente.

⁹⁶ Si veda in particolare Corte Giust. Sez. III, C-196/08 del 15 ottobre 2009 (c.d. *Acoset*).

ad oggetto la scelta del socio e l'affidamento del servizio già predeterminato. Si è anche ribadita l'assoluta necessità di prevedere adeguati meccanismi di "way out" del socio privato alla scadenza del termine naturalmente previsto per l'affidamento o nell'ipotesi di radicali mutamenti del tipo di servizio da prestare, che non fossero stati previamente previsti nel bando iniziale di gara.

Tornando al diritto positivo, si evidenzia come, successivamente al TUEL del 2000 (con relative modifiche), siano intervenuti due importanti provvedimenti normativi che intercettano il fenomeno delle società miste: l'art. 13 del d.l. 223/2006 (c.d. Decreto Bersani), in ordine ai servizi strumentali, sui cui contenuti si è già avuto modo di soffermarsi nei precedenti paragrafi; e l'art. 23 bis del d.l. 112 del 2008⁹⁷, in materia di affidamento dei servizi pubblici locali aventi rilevanza economica⁹⁸.

Nella sua originaria formulazione, tale articolo, nello stabilire la modalità competitiva ad evidenza pubblica come procedura ordinaria per l'affidamento dei servizi, al comma terzo, in via derogatoria con riferimento evidentemente alle ipotesi di società miste e c.d. "in house", prevedeva che *"a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria"*.

Tale originaria impostazione trovò una importante rivisitazione in ragione dell'entrata in vigore dell'art. 15 del d.l. 135/2009 il quale ha modificato i commi II e III del citato art. 23 bis facendo esplicito riferimento all'ipotesi di partenariato pubblico-privato,

⁹⁷ Convertito con l. n. 133 del 6 agosto 2008.

⁹⁸ La norma in questione non individuava i criteri caratterizzanti di tale tipologia di servizi. A livello interpretativo si è ritenuto che un primo *discrimen* fosse rappresentato dall'esistenza di un mercato concorrenziale di riferimento connotato dall'esistenza di un rischio di impresa, uno scopo lucrativo e dalla copertura dei costi attraverso i ricavi. Diversamente il servizio privo di rilevanza economica sarebbe prescinderebbe dai requisiti suddetti trovando tendenziale copertura dai prelievi di fiscalità generale. Interessante in tal senso la pronuncia della Corte dei Conti Lombardia Sez. R. n. 195/2009 secondo cui *"ciò che qualifica un'attività come economica non è solo il fine produttivo cui essa è indirizzata, ma anche il metodo con cui è svolta (omissis) l'attività produttiva può dirsi condotta con metodo economico quando le entrate percepite per l'attività sono tese a remunerare i fattori produttivi utilizzati, consentendo nel lungo periodo la copertura dei costi con i ricavi. Non può invece qualificarsi come "attività economica" la produzione, sia da parte di un soggetto pubblico che di un soggetto privato, di beni o servizi erogati gratuitamente o a prezzo politico, ciò che fa oggettivamente escludere la possibilità di coprire costi e ricavi"*. In senso analogo sul tema si vedano: Corte dei Conti Sez. R. Veneto 16/2010, TAR Puglia, Bari n. 1318/2006; TAR Lazio, Latina 310/2006, Cons. di Stato n. 5072/2006.

crystallizzandone le condizioni “strutturali” (partecipazione del privato non inferiore al 40%) e richiamando i principi già enunciati in giurisprudenza sulla c.d. gara a doppio oggetto.

Ulteriore importante innovazione concerneva il fatto di estendere anche alle ipotesi di società miste il meccanismo di affidamento ordinario del servizio, in aggiunta al modello procedurale ad evidenza pubblica. originariamente previsto quale unico sistema da utilizzare di “default”⁹⁹.

La norma in questione venne, poi, abrogata a seguito della tornata referendaria del 13 giugno 2011, con conseguente applicazione, in materia, dei principi di derivazione comunitaria, stante la mancata reviviscenza del vecchio art. 113 T.U.E.L.¹⁰⁰. Il successivo tentativo del legislatore di disciplinare il settore con l’art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 e successive modifiche¹⁰¹ è naufragato, nuovamente, in virtù della pronuncia n. 199/2012 della Corte Costituzionale, essendo tale norma, nei fatti, letteralmente

⁹⁹ Art. 23 bis comma II secondo la formulazione dell’art. 15 d.l. 135/2009: “2. *Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria: a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità; b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l’attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.* 3. *In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l’affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall’ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall’ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta “in house” e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell’attività svolta dalla stessa con l’ente o gli enti pubblici che la controllano.*”

¹⁰⁰ Sul punto si era espressa chiaramente la Corte Costituzionale con la sentenza n. 24 del 2011 (che aveva dichiarato l’ammissibilità del quesito referendario) sostenendo che dall’eventuale abrogazione dell’art. 23 bis non sarebbero rivissute le norme abrogate dallo stesso articolo.

¹⁰¹ Art. 9 comma 2, lett. n) l. 183 del 2011 (legge di stabilità per il 2012); art. 25, d.l. n. 1/2012 in tema di “Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività”; art. 53, comma 1, lett. b), d.l. n. 83/2012 (Misure urgenti per la crescita del paese).

riproduttiva di quell'art. 23 bis oggetto di abrogazione a seguito di consultazione referendaria.

Il tema delle società miste sembra aver trovato una disciplina tendenzialmente organica nel nuovo Testo Unico in tema di Società Partecipate (d.lgs. n. 175 del 2016, entrato in vigore il 23 settembre 2016) di cui si rende opportuna una disamina in questa sede.

All'art. 1, vengono offerte, *in primis*, le definizioni di “partecipazione” e di “società a partecipazione pubblica”: per “partecipazione” si intende la *“titolarità di rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi”*; con la seconda locuzione, si fa, quindi, riferimento alle *“società a controllo pubblico, nonché”* alle *“altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico”* (viene, quindi, fatto espresso riferimento al fenomeno della partecipazione indiretta).

Agli artt. 2 e 3 vengono quindi posti alcuni limiti soggettivi ed oggettivi al fenomeno. Sotto il primo aspetto, viene sottolineato come le P.A. possano partecipare esclusivamente a società aventi la forma giuridica di S.p.a. o S.r.l.. Sotto il secondo profilo, invece, viene ribadito all'art. 3 il principio già introdotto dalla nota finanziaria per il 2008 secondo cui una partecipazione pubblica può giustificarsi solo in ragione di beni e servizi strettamente necessari per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali. Al secondo comma, vengono previste, in dettaglio, il tipo di società in cui possono essere mantenute partecipazioni nei limiti, comunque stabiliti dal primo comma.

L'art. 7 viene, quindi, riservato alle modalità di costituzione di società a partecipazione pubblica. In dettaglio, viene previsto che le stesse trovino fonte in delibere di organi determinati (Presidente della Regione, Consiglio Comunale ecc.) a seconda del livello di amministrazione decentrata che decida di avvalersi di strumenti partecipativi.

Per quanto concerne le società miste, si dispone, quindi, che *“nel caso sia prevista la partecipazione all'atto costitutivo di soci privati, questi sono previamente individuati mediante l'espletamento di procedure aperte o, nei casi previsti dalla legge, di procedure competitive di negoziazione. È ammesso a partecipare alla procedura qualsiasi soggetto interessato che sia in possesso dei requisiti tecnici, finanziari, organizzativi e di onorabilità previsti negli atti della procedura di selezione”*.

Norma centrale sul tema è contenuta nell'art. 17 del progetto di decreto legislativo espressamente dedicato alle “società a partecipazione mista pubblico-privata”¹⁰².

¹⁰² Art. 17 (*Società a partecipazione mista pubblico-privata*)

1. *Nelle società costituite per le finalità di cui all'articolo 4, comma 2, lettera c), del presente decreto, la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e la procedura di selezione pubblica del medesimo si svolge nel rispetto dei criteri di cui all'articolo 7, comma 5, e ha ad oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista.*

2. *Il socio privato deve possedere i requisiti di qualificazione previsti da norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita. All'avviso pubblico sono allegati la bozza dello statuto e degli eventuali accordi parasociali, nonché degli elementi essenziali del contratto di servizio e dei disciplinari e regolamenti di esecuzione che ne costituiscono parte integrante. Il bando di gara deve specificare l'oggetto dell'affidamento, i necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico-finanziario dei concorrenti, nonché il criterio di aggiudicazione che garantisca una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione pubblica che ha indetto la procedura. I criteri di aggiudicazione possono includere, tra l'altro, aspetti qualitativi ambientali, sociali connessi all'oggetto dell'affidamento o relativi all'innovazione.*

3. *La durata della partecipazione privata alla società, aggiudicata ai sensi del comma 1 del presente articolo, non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione per l'affidamento e l'esecuzione dei quali essa è costituita. Lo statuto prevede meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio. Lo statuto dovrà inoltre prevedere la possibilità di scioglimento del rapporto societario in caso di trasformazione, fusione o di mutamento della titolarità del controllo sul soggetto privato partecipante alla società mista, o di cessione o affitto da parte di questo dell'azienda o del ramo d'azienda impegnato nell'esecuzione dell'appalto o della concessione.*

4. *Nelle società di cui al presente articolo:*

a) *gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-bis e dell'articolo 2409-novies del codice civile al fine di consentire il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell'impresa;*

b) *gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici partecipanti e ai soci privati di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile, e derogare all'articolo 2479, primo comma, del codice civile nel senso di eliminare o limitare la competenza dei soci;*

c) *gli statuti delle società per azioni possono prevedere l'emissione di speciali categorie di azioni e di azioni con prestazioni accessorie da assegnare al socio privato;*

In particolare, viene previsto che, nelle ipotesi di realizzazione e gestione di un'opera, ovvero di organizzazione e gestione di un servizio di interesse generale¹⁰³, *“la quota del soggetto privato non può essere inferiore al 30%”* e che le modalità di selezione di detto soggetto privato debbano essere quelle individuate nel già citato art. 7 e che tale selezione debba avere ad oggetto, nel contempo, *“la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto d'appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista”*. Tale ultimo inciso richiama, evidentemente, i principi già espressi dalla giurisprudenza domestica e quella comunitaria in ordine alle modalità di scelta del socio privato cui affidare un servizio (gara a doppio oggetto).

Quanto alla durata della partecipazione, il comma 3 prevede espressamente che la stessa non possa essere superiore a quella dell'appalto o della concessione. In merito, lo statuto, al fine di salvaguardare l'*intuitu personae*” dovrà contenere delle clausole di salvaguardia che prevedano meccanismi idonei a sciogliere il rapporto societario nel caso di risoluzione del contratto di servizio o nell'ipotesi di trasformazione, fusione o mutamento della titolarità del controllo sul soggetto privato partecipante alla società mista, *“o di cessione o affitto da parte di questo dell'azienda o del ramo d'azienda impegnato nell'esecuzione dell'appalto o della concessione”*. Ratio evidente è quella, da una parte, di evitare l'elusione del principio di evidenza pubblica, attraverso il subentro di soggetti che non hanno partecipato alla gara a doppio oggetto; e, dall'altra, evitare fenomeni di infiltrazioni di soggetti legati alla criminalità organizzata.

d) *i patti parasociali possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-bis, primo comma, del codice civile, purché entro i limiti di durata del contratto per la cui esecuzione la società è stata costituita.*

1. *Nel rispetto delle disposizioni del presente articolo, al fine di ottimizzare la realizzazione e la gestione di più opere e servizi, anche non simultaneamente assegnati, la società può emettere azioni correlate ai sensi dell'articolo 2350, secondo comma, del codice civile, o costituire patrimoni destinati o essere assoggettata a direzione e coordinamento da parte di un'altra società”.*

¹⁰³ Definiti dalla lett. h) dell'art. 2 quali *“attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e della coesione sociale”*.

Il comma 4 prevede, poi, alcune espresse deroghe alle norme enunciate dal titolo V del c.c. in tema di *governance* societaria.

4. SOCIETÀ A C.D. “STATUTO SINGOLARE”. I CASI DI RAI S.P.A., ANAS S.P.A., ENAV S.P.A., PATRIMONIO DELLO STATO S.P.A. E ARCUS S.P.A.

Ulteriore tipologia di “società pubblica” su cui è opportuno soffermarsi, anche alla luce degli importanti riflessi, evidenziati dalla più recente giurisprudenza, sulla questione del riparto di giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori, è rappresentata dalle c.d. società a “statuto speciale” o “singolare”¹⁰⁴.

Trattasi di una categoria particolarmente eterogenea e difficilmente incasellabile in uno schema unico. Trattasi di soggetti che si caratterizzano *in primis* per aver trovato nella legge, e non quindi nell’autonomia negoziale delle parti, la loro fonte di costituzione.

Tale fase genetica non conosce un metodo consolidato, ma ha trovato realizzazione in “misura variabile, secondo che la norma autorizzi, imponga ovvero determini direttamente la costituzione di una determinata società”¹⁰⁵.

Nella prima ipotesi, si tratta di una scelta tendenzialmente facoltativa, negli altri due casi, invece, si parla di società c.d. “obbligatorie” o “coattive”.

Ulteriore elemento che si pone quale denominatore comune di tali soggetti è la loro tendenziale riconducibilità, con le dovute eccezioni, alla fortunata categoria concettuale, inaugurata da una recente circolare Assonime¹⁰⁶, delle c.d. “quasi amministrazioni”, ovvero quei soggetti che, analogamente alle società cd “*in house*” e quelle c.d. “strumentali” di cui al decreto Bersani del 2006, si caratterizzano, al di là dello schema societario utilizzato, per essere titolari di vere e proprie funzioni pubbliche o comunque di natura para-amministrativa.

¹⁰⁴ Tra i principali contributi sul punto si segnalano: ARENA A., *Le società commerciali pubbliche – Natura e costituzione*, Milano, 1942; PIZZA P., *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007; PIZZA P., *Società per azioni di diritto singolare: rassegna 1999-2003*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, 4, pag. 372; IBBA C., *Le società legali*, Torino, 1992; GRUNER G., *Enti pubblici a struttura di S.p.a.*, Giappichelli, 2008; GOISIS F., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica, come persone giuridiche*, Milano 2004; RENNA M., *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997.

¹⁰⁵ ANTONIOLI M., *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Giuffrè 2008, pag. 129.

¹⁰⁶ ASSONIME, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, Roma, settembre 2008, in www.assonime.it.

La principale questione, oggetto di dibattito sul tema, è rappresentata dalla natura pubblico o privata da riconoscersi a tali tipologie di enti aventi una struttura di tipo societario (S.p.a.).

Storicamente, si registra, di fatto, un solo caso, sotto il profilo della normazione positiva, in cui il legislatore ha preso espressamente posizione sulla natura pubblica di una società “legale”: trattasi nella fattispecie della Agecontrol S.p.a. istituita in forza dell’art. 18 comma 9 della l. n. 887/del 1994 e successive modificazioni¹⁰⁷ con il fine di svolgere le funzioni di controllo riservate alle autorità dei singoli stati dell’Unione – in forza dei regolamenti CEE n. 2262/1984 del Consiglio e n. 27/1985 della Commissione – in tema di aiuti alla produzione dell’olio d’oliva.

Ulteriore riferimento ad una S.p.a. di natura espressamente “pubblica” ha trovato recentemente posto, ad onor di cronaca, anche nell’art. 2 comma 289, così come modificato dall’art. 3 ter comma 1 del d.l. n. 135/2009) con riferimento alla creazione di un soggetto, partecipato da ANAS S.p.a., destinato alla realizzazione di infrastrutture autostradali di esclusivo interesse regionale¹⁰⁸.

Al di fuori di tali isolate ipotesi, la dottrina si è a lungo divisa sulla natura della S.p.a. a “statuto speciale” registrandosi sul punto due orientamenti di fondo.

Secondo una impostazione, per così dire, “privatistica”¹⁰⁹, ogni volta in cui il legislatore dia vita ad un soggetto con la veste di S.p.a., senza nulla specificare in merito (come avvenuto, ad esempio, nel già citato caso Agecontrol), conseguirebbe necessariamente la natura privata dello stesso, ciò anche in considerazione del fatto “*che il solo e unico concetto giuridico di società per azioni è quello ricavabile dall’omonimo istituto disciplinato dal codice civile*”¹¹⁰.

¹⁰⁷ D.l. n. 701 del 1986, convertito con l. n. 898 del 1986 e art. 7 d.lgs. n. 419 del 1999.

¹⁰⁸ Il comma in questione nella sua attuale formulazione prevede che: “*al fine della realizzazione di infrastrutture autostradali, di esclusivo interesse regionale, interamente ricadenti nel territorio di competenza di una singola regione e previste dagli strumenti di programmazione vigenti, le funzioni e i poteri di soggetto concedente e aggiudicatore possono essere trasferiti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ad un soggetto di diritto pubblico appositamente costituito in forma societaria e partecipata dall’ANAS S.p.a. e dalle regioni interessate o da soggetto da esse interamente partecipato, che esercita esclusivamente i sopra indicati poteri e funzioni*”.

¹⁰⁹ In tal senso, sul caso AGIP, CAMMEO F., nota a Cons. di Stato, Sez. IV, 19 gennaio 1938, in *Gir. It.*, 1938, pag. 109; analogamente RAVA R., *Azionariato dello Stato e degli Enti Pubblici*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1933, pag. 247; più recentemente IBBA C., *op. ult. cit.*, pagg. 355 e ss..

¹¹⁰ GRUNER G., *op. ult. cit.*, pag. 23.

Tale opzione interpretativa sarebbe da considerarsi l'unica possibile, anche a fronte di norme di legge che ridisegnino tali S.p.a. in senso fortemente derogatorio rispetto alla disciplina del Libro V del codice civile.

Esemplificativo, in tal senso, è quanto affermato da dottrina assolutamente autorevole¹¹¹, con riferimento alla natura giuridica di Patrimonio dello Stato S.p.a. e Infrastrutture S.p.a.¹¹².

L'autore, in particolare, sostiene che *“non è da mettere in dubbio che la Patrimonio dello Stato abbia natura di ente privato, vieppiù se si accetta l'opinione, oggi prevalente, che la natura pubblica debba essere positivamente affermata: e qui la scelta legislativa è dichiaratamente in senso contrario”*. Afferma, altresì, nel prendere, comunque, atto della natura “singolare” di tale società, in ragione delle rilevanti deroghe positivamente previste rispetto al modello sociale, che, sebbene ci si trovi di fronte ad una entità *“troppo singolare per essere società”*, nel caso di specie, si tratta in ogni caso di un *“ente azionario...comunque, privato, perché questa è la volontà normativa che emerge dalla scelta del nomen iuris di società per azioni, se ad esso non si accompagna, come talora è avvenuto (caso Agecontrol, ricordato da Ibba, p. 338) l'espressa attribuzione della "personalità di diritto pubblico”*”.

Altro orientamento, in parte avvallato anche dalla recente giurisprudenza contabile e amministrativa, ritiene, invece, ammissibile la configurabilità di una natura pubblica delle società c.d. “singolari” nonostante la formale veste di S.p.a..

Recente dottrina sul punto, nel riferirsi ai fautori della tesi c.d. “privatistica” sopra esposta, ha parlato condivisibilmente di *“un eccesso di formalismo interpretativo”*¹¹³ di alcuni autori i quali, nel ravvisare in via esclusiva nel *nomen iuris* “s.p.a.” il necessario riferimento all'omonima figura disciplinata dal codice civile, non tengono in alcun modo conto delle plurime discipline ampiamente derogatorie a tale modello che il legislatore prevede contestualmente alla nascita di alcune società legali.

Tali discipline, appunto, “singolari” o “speciali” sono a fondamento delle recenti pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti che hanno ravvisato la natura comunque pubblica di tali soggetti e il conseguente assoggettamento alla giurisdizione contabile-amministrativa.

¹¹¹ OPPO G., *Patrimonio dello Stato e società per azioni*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, pagg. 495 e ss..

¹¹² Istituite, rispettivamente, dagli artt. 7 comma 1 e 8 comma 1 del d.l. 63/2002 (convertito con l. 112/2002).

¹¹³ GRUNER G., *op. ult. cit.*, pag. 25.

Pare opportuno, a questo punto, soffermarsi brevemente su alcune di queste società¹¹⁴ che hanno interessato la giurisprudenza negli ultimi anni, evidenziandone i caratteri peculiari che sono stati valorizzati al fine di propendere per una loro qualificazione pubblica.

Vedremo sinteticamente in dettaglio RAI S.p.a., ANAS S.p.a, ENAV S.p.a, Patrimonio dello Stato S.p.a. (e più in generale le società di cartolarizzazione c.d. SICP) e ARCUS S.p.a..

Un'analisi delle pronunce in tema di responsabilità degli amministratori e le connesse problematiche in punto di giurisdizione sarà, invece, oggetto di apposito paragrafo nel prosieguo del presente lavoro.

Il caso RAI S.p.a. rientra tra quelli di maggiore attualità ed interesse visto e considerato che, dopo la sentenza delle SS.UU. n. 26806 del 2009, la società in questione è stata oggetto del primo “distinguo” (SS.UU. 27092 del 2009) con cui si è dato vita ad un nuovo filone interpretativo che ha coinvolto nelle pronunce successive anche ANAS S.p.a. e ENAV S.p.a..

Radio Audizioni Italia (RAI)¹¹⁵, nata nel 1924 come Unione Radiofonica Italiana (poi trasformatasi nel 1927 in Ente Italiano per le audizioni radiofoniche), ha trovato una prima disciplina sistematica con la l. 103 del 1975 nata sulle sollecitazioni della nota sentenza n. 225 del 1974 della Corte Costituzionale al fine di procedere ad una puntuale riforma del sistema radiotelevisivo.

RAI S.p.a. diventa, in forza dell'art. 3 della legge citata¹¹⁶, concessionaria, attraverso la stipula di una convenzione e di un contratto di servizio, dello Stato dell'attività radiotelevisiva avente la natura di servizio pubblico essenziale *“in quanto volta ad ampliare la partecipazione dei cittadini e concorrere allo sviluppo sociale e culturale del Paese in conformità ai principi sanciti dalla Costituzione”*¹¹⁷.

¹¹⁴ Per una rassegna esaustiva sul tema si segnala CAMMELLI M., DUGATO M. a cura di, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, 2008.

¹¹⁵ Oggi partecipata al 99,5% dallo Stato e per il 0,45% dalla S.I.A.E.

¹¹⁶ Secondo cui: *“Il Governo può provvedere al servizio pubblico della radio e della televisione con qualsiasi mezzo tecnico, mediante atto di concessione ad una società per azioni a totale partecipazione pubblica sentita la Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi. La concessione importa di diritto l'attribuzione alla concessionaria della qualità di società di interesse nazionale, ai sensi dell'articolo 2461 del codice civile”*.

¹¹⁷ Art. 1 l. n. 103 del 1975.

La società è stata oggetto negli anni, fino all'entrata in vigore del T.U. della radiotelevisione per mezzo della l. 112/2004 e del successivo d.lgs. 177/2005, di una stratificata produzione normativa – oltre una consultazione referendaria *ad hoc* in tema di titolarità pubblica delle azioni del 11 giugno 1995 - che ha modellato a più riprese i meccanismi di *governance* e di controllo¹¹⁸.

La disciplina ha subito recentissimamente rilevanti modifiche in forza della l. 28 dicembre 2015, n. 220 (“*Riforma della RAI e del servizio pubblico radiotelevisivo*”) che ha radicalmente rivisto gli aspetti organizzativi ed ha introdotto l’art. 49 bis al d.lgs. 177/2005 in tema di responsabilità degli amministratori.

Senza entrare, in questa sede, nel dettaglio della complessa e articolata cronistoria degli aspetti peculiari di RAI S.p.a. che la pongono in evidente distonia rispetto al modello di S.p.a. disciplinata dal codice civile, si ripropongono qui di seguito, in via sintetica, gli elementi più “singolari” valorizzati a più riprese in passato anche dalla giurisprudenza contabile, amministrativa e di legittimità¹¹⁹

Innanzitutto, come già evidenziato, RAI S.p.a. è designata direttamente dalla legge quale concessionaria dell’essenziale servizio pubblico radiotelevisivo.

Un secondo elemento è rappresentato dai meccanismi di scelta che hanno riguardato la *governance* della Società (incentrato sulle tre figure di rilievo costituite da Consiglio di Amministrazione, dal Direttore Generale, dal Presidente del CDA) e dai penetranti poteri della Commissione Parlamentare di Vigilanza.

Sotto il profilo del controllo, si evidenzia come, al di là dei peculiari obblighi informativi propri del Collegio Sindacale, sussista un controllo della Corte dei Conti, essendo RAI S.p.a. uno degli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria.

Ultimo aspetto di rilievo è rappresentato dal fatto che parte dei proventi finanziari derivano dal canone obbligatorio previsto per legge in forza dell’art. 47 de d.lgs. 177/2005 ed in ordine al quale è prevista una contabilità di tipo separato. Quanto alla natura di tale canone, la giurisprudenza ha, in più occasioni, chiarito la natura di imposta di tale tributo. In particolare, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 284 2002,

¹¹⁸ Si richiamano qui di seguito i provvedimenti normativi più rilevanti: d.l. n. 607 del 1984, convertito con l. n. 10 del 1985, in ordine ai profili strettamente organizzativi dell’ente; l. 223 del 1990 in tema di nomina del C.d.a. da parte della Commissione Parlamentare di vigilanza; l. 206 del 1993 in tema di composizione e modalità di nomina del CDA e del direttore generale; il c.d. decreto “Salva Rai” d.l. n. 558 del 1993, reiterato 17 volte confluito nella legge di conversione n. 650 del 1996.

¹¹⁹ Si segnalano in particolare Cass. N. 10443/2008 e Cass. SS.UU. mn. 27092 2009.

ha avuto modo di chiarire che il canone, ritenuto da alcuni quale tassa prevista per il corrispettivo di un servizio, è da intendersi, in realtà, quale vera e propria imposta parametrata su una manifestazione di capacità contributiva rappresentata dal possesso di “*apparecchi atti alla ricezione di programmi via cavo o provenienti dall'estero*”.

ANAS S.p.a. nasce come azienda autonoma nel 1946, a seguito della sua istituzione per il tramite del d.lgs. n. 38 del 1946. Nel 1994, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 143, diventa un Ente Pubblico Economico per, poi, trasformarsi in S.p.a., a seguito di privatizzazione c.d. “formale” nel 2002.

Tale Ente, riconducibile pacificamente nel novero delle c.d. società “legali”¹²⁰, ha oggi lo scopo di gestire, in virtù di un rapporto concessorio¹²¹, le strade e autostrade statali provvedendo, altresì, alla loro manutenzione e ponendosi come parte attiva nelle procedure espropriative¹²².

Analogamente a quanto già evidenziato con riferimento a RAI S.p.a., con la quale, come vedremo in seguito, condivide il filone giurisprudenziale in tema di giurisdizione per la responsabilità degli amministratori (inaugurato con la già citata SS.UU. n. 27092 del 2009), anche ANAS S.p.a. si caratterizza per la sua natura di “società a diritto singolare” in ragione della disciplina *ad hoc* che di fatto, anche a seguito della avvenuta privatizzazione, non ha mutato la sua funzione di organo strumentale dell'attività programmatica dello Stato unico azionista.

Sul punto, pare doveroso segnalare le interessanti considerazioni formulate dalla Corte dei Conti¹²³ che si era ritrovata ad esprimere un parere in ordine alla problematica relativa alla permanenza del controllo preventivo di legittimità su un decreto interministeriale intervenuto dopo l'avvenuta trasformazione dell'ente pubblico economico in società per Azioni.

Il giudice contabile, in tale sede, richiamando precedenti pronunce che sul tema¹²⁴, evidenzia *in primis* come ANAS, prima della avvenuta privatizzazione, fosse un ente

¹²⁰ La sua fonte di costituzione è da individuarsi nell'art. 7 comma 1, d.l. n. 138 del 2002, convertito con modificazioni con l. n. 178 del 2002.

¹²¹ Con durata fissata fino al 2060 in ragione dell'art. 7, comma 9 l. n. 178/2002.

¹²² In tal senso si veda Statuto “ANAS – Società per azioni 2004” con richiamo all' art. 2 comma 2, d.lgs. 143/1994.

¹²³ Corte dei Conti, Sez. Centrale controllo legittimità, delibera n. 5 del 20 maggio 2004.

¹²⁴ Corte dei Conti, deliberazioni n. 136/1997 e n. 55/2000.

caratterizzato da *“una estesa e pregnante partecipazione di Autorità statali (CIPE, Ministri dei lavori pubblici e del tesoro) nella*

Definizione” della sua attività istituzionale *“in ragione del fatto che le entrate dell’ente sono costituite per oltre il 90% da trasferimenti da parte dello Stato”*.

Afferma, però, che *“pur nella diversa qualificazione attribuita dalla legge all’ANAS quale società di capitali, permangono in capo alla medesima le caratteristiche di organo strumentale dell’attività programmatica dello Stato, azionista unico, il quale, a tutt’oggi, provvede quasi totalmente al relativo finanziamento”*

La successiva trasformazione, in effetti, non avrebbe intaccato la tipologia dei rapporti, restando ANAS S.p.a. soggetta a vigilanza pubblica e con una natura intrinsecamente pubblica.

Elementi decisivi in tal senso sono ricavabili, ad esempio, dal fatto che l’approvazione delle convenzioni con i concessionari di costruzione avvengano per mezzo di decreto del Ministero delle infrastrutture, in concerto con il Ministero dell’Economia; che la designazione del Presidente della società, del CDA e del collegio sindacale sia di spettanza del Ministero dell’Economia; che sussista un controllo preventivo di legittimità da parte della Corte dei Conti, ecc.¹²⁵.

Sulla natura di ANAS S.p.a. si è soffermata, a più riprese, anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato più recente la quale, nel valorizzare le particolari prerogative riconosciute in via statutaria a tale ente, ne ha confermato chiaramente la natura pubblica.

Esemplificativo, in tal senso, è quanto affermato dal Consiglio di Stato con sentenza n. 2829 del 2013, secondo cui *“pur dopo la doppia fase di privatizzazione dell’originaria azienda di Stato, intervenuta per effetto del d.lg. n. 143 del 1994 (trasformazione in ente pubblico economico) e del d.l. n. 138 del 2002, convertito nella legge n. 178 del 2002 (in particolare l’art. 7 che ha ulteriormente trasformato l’Anas in s.p.a.), permane la natura pubblica di Anas s.p.a., come specificato nel nuovo statuto”*¹²⁶.

¹²⁵ Diffusamente sul tema si segnala RANGONE N., *Le società a partecipazione pubblica nel settore trasporti*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica* a cura di CAMMELLI M e DUGATO M., Giappichelli 2008, pagg.159 e ss..

¹²⁶ In senso assolutamente conforme Consiglio di Stato n. 1230 del 2011. In dottrina, profili critici in ordine alla natura pubblica di ANAS S.p.a. vengono evidenziati da NICODEMO A., *La dubbia natura delle società pubbliche “figlie” della privatizzazione: il caso ANAS*, in *Foro Amm.*, fasc. 6, 2014, pag. 1718

Come vedremo nel prosieguo del presente lavoro, su posizioni assolutamente analoghe, per quanto la decisione abbia posto il suo focus su quegli elementi atti a far ritenere quale pubblico il patrimonio di ANAS S.p.a., si è assestata la recente giurisprudenza delle SS.UU. con la nota pronuncia n. 15594 del 2014.

Considerazioni analoghe a quelle fino ad ora esposte possono essere formulate anche in merito a ENAV S.p.a..

Tale ente in forma societaria ha trovato propria fonte nella legge e, nello specifico, nell'art. 35 della l. 144 del 1999 che ha disposto la trasformazione dell'Azienda Autonoma assistenza di Volo in società per azioni.

Ad essa sono affidati alcuni servizi ritenuti di sicuro interesse pubblico – in ragione dell'art. 2 l. 665 del 1996 e dell'art. 4 dello statuto – quali il servizio di assistenza al volo in tutti gli spazi aerei di pertinenza italiani, il servizio di controllo della circolazione aerea, i servizi di informazione di volo e di allarme.

Tra gli elementi valorizzati anche dalla recente giurisprudenza delle SS.UU.¹²⁷ in ordine alla natura “singolare” dell'ente rispetto all'ordinario modello di S.p.a. si segnalano: i poteri di nomina e controllo riservati al Ministero dei Trasporti ai sensi della l. 665 del 1996; la soggezione al controllo della Corte dei Conti ai sensi dell'art. 12 l. n. 259 del 1958; la natura di servizio pubblico essenziale della attività esercitata; la proprietà totalmente pubblica delle azioni; la natura dei rapporti economici tra ENAV e lo Stato oltre le particolari regole in tema di destinazione degli utili.

Altre entità aventi veste societaria, ma con natura decisamente “singolare”, sono rappresentate dal c.d. SICP ovvero le Società per la cartolarizzazione dei proventi derivanti dalla dismissione degli immobili pubblici. Tali società, in sostanza, mutuando una tecnica finanziaria di origine anglosassone, sono destinate alla cessione indiretta di beni immobili di proprietà di altri enti pubblici attraverso la loro “cartolarizzazione”, ovvero la loro valorizzazione in strumenti di natura finanziaria da collocare sul mercato¹²⁸.

¹²⁷ Cass. SS.UU. n. 5032 del 2010.

¹²⁸ Ampiamente sul tema SERRA A., *le società per la “valorizzazione dei beni pubblici”*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica* a cura di CAMMELLI M e DUGATO M., Giappichelli 2008, pagg. 181 e ss. e ancora: MONTEDORO G., *Beni pubblici e dismissioni*, in *Urban. e Appalti*, 2003, pagg. 510 e ss.

La fonte di riferimento è il d.l. n. 351 del 2001, il quale prevede che tali società possano essere costituite in via diretta o per il tramite di soggetti terzi su impulso del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Con riferimento specifico a Patrimonio dello Stato S.p.a., il cui oggetto sociale è la valorizzazione, gestione e alienazione del patrimonio statale, il fondamento genetico è da individuarsi nel d.l. n. 63 del 2002, convertito con modificazioni con l. 112 del 2002. Ex art. 3 del citato d.l. 351 i beni immobili oggetto di cartolarizzazione possono essere trasferiti alle SICP, a titolo oneroso, *“con uno o più decreti di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale”* attraverso cui vengono predeterminati il prezzo iniziale e le caratteristiche dell'operazione di cartolarizzazione che le società realizzano per finanziare il pagamento del prezzo.

Quanto a Patrimonio dello Stato S.p.a., essa *“deve operare secondo gli indirizzi strategici stabiliti dal Ministero, previa definizione da parte del CIPE delle direttive di massima”* (art. 7 comma 4, d.l. 63 del 2002).

Ex art. 84 l. 289 del 2002 (rubricato come *“Privatizzazione del patrimonio immobiliare delle regioni, degli enti locali e degli altri enti pubblici”*) la governance di tali società è soggetta all'influenza dominante degli enti territoriali di riferimento, a prescindere dalla quota sociale detenuta.

Quanto alla natura giuridica di tali soggetti, nonostante gli spunti contrari offerti da autorevole dottrina già sopra richiamata, la giurisprudenza amministrativa si è espressa in maniera convinta in ordine alla natura intrinsecamente pubblica di tali società, nonostante la veste formalmente societaria.

In tal senso, si segnala in particolare la pronuncia n. 308 Sez. V del Consiglio di Stato secondo cui *“La S.Cip, Società cartolarizzazione immobili pubblici s.r.l., sebbene abbia natura formalmente privatistica, riveste carattere strumentale rispetto al perseguimento di finalità pubblicistiche, evidenziato dall'esistenza di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario; e, pertanto, spetta al giudice amministrativo conoscere delle controversie relative ad aste pubbliche bandite dalla società in questione”*. Più nel dettaglio, il Giudice Amministrativo, nell'evidenziare il fatto che l'oggetto sociale di tale società è stato determinato direttamente dal legislatore per il tramite dell'art. 2 comma 1 d.l. n. 351 del 2002, afferma come *“in sostanza, dunque, al di là delle pur brillanti prospettazioni contrarie delle odierne appellanti, essa rappresenta lo strumento operativo in concreto individuato dal legislatore per il*

soddisfacimento della esigenza pubblicistica, posta alla base delle operazioni di cartolarizzazione ad essa affidate, di dismissione di una parte non indifferente del patrimonio immobiliare pubblico, garantendo al tempo stesso speditezza, efficacia ed efficienza di quell'operazione di reperimento di introiti per l'erario, cui in fin dei conti l'intera manovra è finalizzata. Del resto, elemento decisivo per decidere della natura pubblica della compagine de qua è la qualificazione, alla società medesima attribuita dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, di "società veicolo" (v. D.M. 18-12-2001 "Operazione di cartolarizzazione degli immobili degli enti previdenziali, nonché emissione dei titoli da parte della Società veicolo") e cioè di ente societario, che costituisce mezzo e strumento per la realizzazione delle politiche e delle finalità dal legislatore dettate all'Amministrazione; sì che, nella fattispecie, gli enti pubblici possono cartolarizzare il loro patrimonio immobiliare, una volta svincolato dalla sua destinazione pubblica, solo per il tramite della società veicolo, cui i beni stessi vengono "trasferiti", si badi, all'unico fine della "rivendita" funzionale ad una operazione di cartolarizzazione effettuata”.

Ulteriori elementi valorizzati in pronuncia sono: la riferibilità del capitale di costituzione direttamente alla P.A. (sebbene, nel caso di specie, per il tramite di due fondazioni olandesi); i penetranti poteri riservati al Ministero dell'Economia e delle Finanze; l'imputabilità al Ministero dell'attività di collocamento dei titoli in mercati regolamentati; la gestione degli immobili, sebbene formalmente di proprietà della SICP, demandata integralmente agli enti originari proprietari; l'assenza di autonomia in capo alla società, in forza dell'art. 5 d.m. 21 novembre 2002, in ordine alla gestione della propria liquidità; il potere gestionale, nei fatti, totalmente nella mani del Ministero di riferimento.

Analoghe considerazioni possono essere pacificamente formulate con riferimento a Patrimonio dello Stato S.p.a. relativamente al quale, peraltro, a seguito dell'introduzione nel decreto di conversione dell'art. 12 bis, è previsto che il conto consuntivo, economico e patrimoniale debba essere allegato ogni anno al rendiconto generale dello Stato, al fine, quindi, di consentire un controllo da parte della Corte dei Conti.

Ultimo cenno deve essere riservato ad Arcus S.p.a.¹²⁹, società di fonte “legale” nata sulle ceneri di Sibec S.p.a.¹³⁰, in forza dell’art. 2 l. n. 291 del 2003¹³¹.

Trattasi della Società per lo sviluppo dell'arte, della cultura e dello spettacolo S.p.A., il cui *“capitale sociale è interamente sottoscritto dal Ministero dell'Economia, mentre l'operatività aziendale deriva dai programmi di indirizzo che sono oggetto dei decreti annuali adottati dal Ministro per i Beni le Attività Culturali - che esercita altresì i diritti dell'azionista - di concerto con il Ministro delle Infrastrutture”*¹³².

L’oggetto sociale è individuato dall’art. 2 comma 1 l. n. 291 del 2003 il qual prevede che tale società operi per la *“promozione ed il sostegno finanziario, tecnico-economico e organizzativo di progetti e altre iniziative di investimento per la realizzazione di interventi di restauro e recupero dei beni culturali”*.

Quanto alla natura giuridica di tale ente, si ravvisano, anche in questa sede, alcuni elementi atti a far propendere per una tesi di tipo pubblicistico analogamente a quanto già visto in precedenza: ex art. 2 comma 8 l. 291 del 2003, spetta al Ministero per i beni e le Attività culturali presentare ogni anno al Parlamento una relazione per l’attività svolta; è previsto un controllo della Corte dei Conti sulla gestione finanziaria; i fini perseguiti sono di natura pubblica; le nomine degli organi hanno fonte pubblica; l’art. 21 dello Statuto prevede l’assenza dello scopo di lucro disponendo che gli utili netti risultanti in bilancio siano destinati secondo le determinazioni dell’assemblea ai fini istituzionali della società.

La natura eminentemente pubblica di ARCUS S.p.a. trova sua “consacrazione” nella relazione della Corte dei Conti al Parlamento sull’esercizio 2004 la quale, nel valorizzare gli elementi sopra elencati, afferma espressamente come *“la prescelte veste formale non incide sulla sicura appartenenza (di tale società) al novero dei soggetti privati in mano pubblica”*.

¹²⁹ Diffusamente sul tema BARBATI C., *Arcus S.p.a.: la ricerca di un soggetto per i beni e le attività culturali*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica* a cura di CAMELLI M. e DUGATO M., Giappichelli 2008, pagg. 275 e ss..

¹³⁰ Nata in forza dell’art. 10 l. n. 352 del 1997.

¹³¹ Legge contenente *“disposizioni in materia di interventi per i beni e le attività culturali, lo sport, l’università e la ricerca e coscienza della Società per lo sviluppo dell’arte, della cultura e dello spettacolo – Arcus S.p.a.”*.

¹³² Da www.arcusonline.org.

5. SOCIETÀ QUOTATE

Discorso a parte deve essere riservato alla tematica delle società quotate a partecipazione pubblica. Per quanto non sia del tutto agevole delineare in maniera sistematica le peculiarità del fenomeno, si ritiene comunque opportuno, ai fini del presente lavoro, fornirne un quadro sintetico anche in ragione del fatto che il legislatore, proprio con riferimento a tale tipologia di società, ha sentito l'esigenza di indicare una disciplina *ad hoc* in tema di responsabilità degli amministratori, "forgiando" il già più volte citato art. 16 bis del d.l. 248/2007.

Sotto il profilo fenomenico è da evidenziare in via preliminare come, ad oggi, non esistano, di fatto, società a partecipazione pubblica "diffusa" (che si rivolgono al mercato del capitale di rischio) che non siano quotate in un mercato regolamentato¹³³.

La complessità di circoscrivere il fenomeno in un "recinto" sistematico deriva *in primis* dall'eterogeneità dello stesso, visto e considerato che le varie tipologie di società pubbliche regolamentate si distinguono sotto innumerevoli profili quali la natura e le caratteristiche dei soci (Stato o enti pubblici territoriali)¹³⁴; il tipo di posizione ricoperta nella compagine societaria (di controllo oppure no); il tipo di disciplina applicabile

¹³³ Diffusamente sul tema VANONI S., *Le società miste quotate in mercati regolamentati (dalla "Golden Share" ai fondi sovrani)*, in *Le società pubbliche* a cura di IBBA C., MALAGUTI M.C., MAZZONI A., Giappichelli, 2011, pagg. 187 e ss..

¹³⁴ Ad oggi, ad esempio, le società quotate aventi partecipazione diretta da parte del Ministero dell'Economia e delle Finanze sono le seguenti: Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. (4,02%); ENEL S.p.a. (25,50%); ENI S.p.a. (4,34%) (Cassa Depositi e Prestiti S.p.a. detiene una partecipazione del 25,76%); Finmeccanica S.p.a. (30,20%); Poste Italiane S.p.a. (64,70%). Nel corso del 2016 è prevista, altresì, la quotazione in borsa di ENAV. La privatizzazione, secondo quanto disposto dal decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri del Maggio 2014 prevede la cessione fino al 49 per cento del capitale mediante operazioni di IPO. Quanto alle società quotate partecipate dagli enti locali si segnalano: SAVE S.p.a (quotata dal 2005); Ascopiave S.p.a. (quotata dal 2006; ENIA S.p.a. (quotata dal 2007); Società Aeroporto Toscano (quotata dal 2007); Iride S.p.a. (nata da fusione di AMGA S.p.a. in AEM Torino) oggi IREN S.p.a. a seguito di ulteriore fusione con ENIA S.p.a.; HERA S.p.a. (nata da fusione per incorporazione con META S.p.a); Mediterranea delle Acque S.p.a. (nata da fusione Acquedotto De Ferrari S.p.a. in Acquedotto Nicolay S.p.a.); A2A S.p.a. (nata da fusione di ASM Brescia in AEM); ACEA S.p.a.; Acega-Aps (Comuni di Trieste e Padova oltre Intesa San Paolo e Cassa di Risparmio di Trieste); Acsm-Agam (Comuni di Monza e Como e A2A). Dati reperiti da: <http://aimnews.it/wp-content/uploads/2012/08/Art.-CG-Marangoni.pdf>; <http://blog.civicum.it/wp-content/uploads/2009/03/bilanci-ed-2009-completo.pdf>; http://www.dt.mef.gov.it/it/attivita_istituzionali/partecipazioni/elenco_partecipazioni/.

(come per esempio alcune peculiarità proprie degli enti operanti in settori c.d. strategici).

In linea generale, gli enti pubblici detengono direttamente o indirettamente partecipazioni aventi il requisito della rilevanza ai sensi dell'art. 120 T.U.F.. Tali partecipazioni, di norma, garantiscono un controllo di diritto di tali società. Il numero delle società miste quotate si è sostanzialmente ridotto nell'ultimo decennio (soprattutto con riferimento a quella di partecipazione statale) a seguito sia di operazioni di fusione, sia in ragione dell'avvenuto completamento del piano di dismissioni programmato negli anni '90. Si registra, altresì, qualche caso di c.d. "delisting" (si vedano BNL e Banca di Roma).

Sotto il profilo statistico¹³⁵, il numero delle società miste quotate al 21 gennaio 2010 è pari a 23 (in buona parte riferibili a soggetti operanti nell'ambito dei servizi di pubblica utilità), di cui 8 rientranti nell'importante indice di riferimento FTSE Mib, e rappresentano circa il 36% della totale capitalizzazione del segmento c.d. Blue Chip (indice che comprendeva le società con una struttura economico/finanziaria particolarmente solida e una capitalizzazione superiore a 1 miliardo di euro, indice oggi sostituito dagli indici FTSE MIB (o Large Cap) e FTSE Italia Mid Cap).

Le principale fonte che ha determinato la nascita delle società miste quotate è rappresentata, senza dubbio, dalla normativa in tema di dismissioni di cui alla l. n. 474 del 1994. Trattasi, a dire il vero, di normativa riferita alla totalità delle partecipate statali e non solo a quelle destinate a "quotazione"; è altrettanto vero, però, che le società coinvolte, stante le rilevanti dimensioni, hanno trovato nel mercato regolamentato la loro destinazione naturale.

Normativa di settore degna di menzione è anche quella che ha "tragheggiato" la procedura di privatizzazione delle società operative nella gestione dei servizi aeroportuali in ambito civile introdotta dall'art. 10 comma 13 l. 537 del 1993¹³⁶.

Prima di vedere in rassegna le norme *ad hoc* destinate al fenomeno e la *ratio* ad esse sottese, è doveroso porre l'accento, in via di premessa, su una considerazione di fondo: come evidenziato da condivisibile dottrina, le società miste quotate "*costituiscono il contesto ove si propone con maggiore forza il problema della tensione tra interessi*

¹³⁵ Ancora VANONI S., *op. ult. cit.*, pag. 190.

¹³⁶ Oltre a relativo regolamento di attuazione n. 521 emanato nel 1997 con decreto del Ministero dei Trasporti.

prettamente privatistici e interessi politici e della ricerca di un punto di equilibrio tra di essi". Da una parte, infatti, si rinvergono le esigenze di garantire una partecipazione diffusa del pubblico, garantendo contestualmente in via primaria la redditività dell'investimento proposto (da qui, ad esempio, l'introduzione di alcune norme ad evidente tutela del mercato quale a mio avviso quella inserita nel più volte citato art. 16 bis d.l. 248/2007 in tema di responsabilità degli amministratori); dall'altra, la decisa presenza di società ad importanza c.d. "strategica" ha indotto il legislatore ad inserire norme finalizzate a conferire poteri speciali al soggetto pubblico o comunque finalizzate a garantire un controllo.

Quanto, in particolare, alle norme di stampo derogatorio rispetto alle "quote" ordinarie sono da richiamare quella disciplinate dalla più volte citata l. 474/1994 in tema di limiti al possesso azionario e poteri speciali.

In particolare, l'art. 3 della legge 474 attribuisce la facoltà a tutte le entità operanti in settori c.d. "strategici" (quali difesa, comunicazioni, energia ecc.) di introdurre un limite azionario per i soci privati pari o inferiore al 5% con la conseguenza che l'eventuale possesso in percentuali superiori di quote di capitale si tradurrà con l'impossibilità di esercitare i diritti amministrativi connessi alla quota eccedente¹³⁷.

Limite siffatto, sebbene per certi aspetti favorisca la diffusione di azioni tra una platea maggiore di investitori e abbia in linea teorica una durata temporale limitata (minimo tre anni¹³⁸), ha una finalità evidente nel voler tutelare il socio pubblico da eventuali scalate non gradite. L'unica ipotesi di "way out" che renda inefficace la limitazione suddetta è rappresentata da una eventuale O.P.A. (prevista dal comma 3 così come novellato dall'art. 6 d.lgs. 229 del 2007) che si concluda con la detenzione in capo all'offerente di

¹³⁷ Sul piano patologico attenta dottrina ha evidenziato come l'eventuale opzione per una clausola statutaria finalizzata a limitare il possesso azionario ad una soglia inferiore al ventesimo del capitale sociale (5%) avrebbe come effetto negativo la compressione potenziale di alcuni diritti in capo ai soci di minoranza quali su tutti la possibilità di richiedere l'integrazione dell'ordine del giorno ai sensi dell'art. 126 T.U.F. e soprattutto la possibilità di procedere alla denuncia per eventuali gravi irregolarità di gestione ai sensi dell'art. 2409 c.c.. Sul tema sempre VANONI S., *op. ult. cit.*, pag. 194 che richiama alla nota 17 il caso di Hera S.p.a. dove l'art. 8 dello statuto fissava il limite al 2%. Sempre sul tema BELCREDI M., *Amministratori indipendenti, amministratori di minoranza e dintorni*, in *Rivista delle Società*, 2005, pagg. 853 e ss...

¹³⁸ Per quanto l'esperienza pratica abbia dimostrato come le società, una volta inserita tale clausola, non se ne siano mai private nel tempo.

almeno il 75% del capitale con diritto di voto. Circostanza questa che, seppur possibile in linea astratta, si rivela difficilmente realizzabile sul piano pratico.

In ordine ai poteri c.d. “speciali” ci limitiamo in questa sede ad un breve richiamo in rassegna. Trattasi nello specifico di poteri previsti dalla legge 474/1994 art. 2 comma 3 attribuibili a mezzo inserimento di una clausola statutaria a favore del Ministero dell'Economia e delle Finanze o di altro ente locale nell'ipotesi di perdita di controllo¹³⁹. Analogamente a quanto sopra visto in tema di limiti di possesso azionario, anche tali poteri sono riservati a soggetti operanti in settori c.d. “strategici”. Quanto alle modalità di esercizio di tali poteri norme di dettaglio sono contenute nel d.p.c.m. del 10 giugno 2004¹⁴⁰.

Tali poteri c.d. “speciali”, in ordine ai quali non è previsto alcun limite di natura temporale, si identificano in: opposizione all'assunzione, da parte dei soggetti nei confronti dei quali opera il limite al possesso azionario di cui all'articolo 3, di partecipazioni rilevanti (art. 2 comma 1 lett. a) l. 474/1994); opposizione alla conclusione di patti o accordi di cui all'articolo 122 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, nel caso in cui vi sia rappresentata almeno la ventesima parte del capitale sociale costituito da azioni con diritto di voto nell'assemblea ordinaria o la percentuale minore fissata dal Ministro dell'economia e delle finanze con proprio decreto (art. 2 comma 1 lett. b) l. 474/1994); diritto di veto, debitamente motivato in relazione al concreto pregiudizio arrecato agli interessi vitali dello Stato, all'adozione delle delibere di scioglimento della società, di trasferimento dell'azienda, di fusione, di scissione, di trasferimento della sede sociale all'estero, di cambiamento dell'oggetto sociale, di modifica dello statuto che sopprimono o modificano i poteri di cui all'art. 2 ((art. 2 comma 1 lett. c) l. 474/1994); possibilità di procedere alla nomina di un amministratore senza diritto di voto¹⁴¹.

Non insignificanti appaiono, altresì, le norme in tema di società miste “quoted” in deroga alla disciplina ordinaria prevista per le società miste di tipo “chiuso”.

Primo spunto in tal senso è rappresentato dall'esenzione in capo alle società “*emittenti strumenti finanziari quoted nei mercati regolamentati*” degli obblighi di dismissione

¹³⁹ Quanto alla nozione di controllo, nel silenzio del legislatore, è da ritenere che debba essere effettuato un richiamo alle norme contenute nell'art. 2359 c...

¹⁴⁰ Decreto denominato “*Definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali di cui all'art. 2 del d.l. 31 maggio 1994, n. 332, convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 1994, n. 474*”.

¹⁴¹ Norma introdotta con legge finanziaria per il 2004 (art. 4 comma 227, l. 350/2003).

previsti dalla nota disposizione inserita nella finanziaria per l'anno 2008 che vieta la detenzione di quote in società aventi *“per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessari per il perseguimento delle finalità istituzionali”*¹⁴².

Altra deroga di rilievo è contenuta nel più volte citato art. 16 bis della l. 248/2007 (c.d. decreto “milleproroghe”) secondo cui, con riferimento alle società miste regolamentate, che vedano una partecipazione pubblica inferiore al 50%, *“la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario”*. La norma in questione ha risolto, in sostanza, i dubbi in ordine alla eventuale giurisdizione in tema di responsabilità amministrativa degli amministratori, eventualmente concorrente con quella ordinaria, in favore della giurisdizione contabile. Tale soluzione, evidentemente finalizzata a non “mortificare” gli investitori privati, è stata oggetto di ampio dibattito dottrinale in ordine alla sua effettiva portata applicativa. Secondo alcuni autori, infatti, una interpretazione letterale del disposto sarebbe entrata in evidente conflitto con la *ratio* della sua introduzione identificata, condivisibilmente, *“nel mantenere nella sfera privatistica quelle società che, in ragione della composizione dell'azionariato, appaiono aperte al mercato privato, cioè almeno teoricamente scalabili, a prescindere dalla volontà del socio pubblico”*¹⁴³.

Conseguentemente, quindi, è stata ritenuta preferibile una interpretazione restrittiva di tale norma, nel senso che la quota maggioritaria cui la stessa fa riferimento dovrebbe essere intesa solo con riferimento a quelle ipotesi in cui sussista la maggioranza delle azioni effettivamente idonee a garantire il controllo della società ai sensi dell'art. 2359 c.c., escludendo ogni rilevanza ad eventuali altre categorie di azioni.

In tema di norme derogatorie in materia di responsabilità degli amministratori, un breve cenno deve essere riservato anche a quanto straordinariamente previsto con riferimento al noto caso di Alitalia S.p.a., dove, a seguito all'introduzione delle novelle alla l. n. 39

¹⁴² Esenzione introdotta a seguito della novella normativa operata con l'art. 71 della l. n. 69 del 2009 che ha inserito il comma 32 ter dell'art. 3 l. 244/2007 secondo cui *“Le disposizioni dei commi da 27 a 31 non si applicano per le partecipazioni in società emittenti strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati”*.

¹⁴³ VANONI S., *op. ult. cit.*, pag. 221 che richiama SANTOSUOSSO D., *Società a partecipazione pubblica e responsabilità degli amministratori (contributo in materia di privatizzazioni e giurisdizione)*, in *Rivista delle Società*, 2009, pag. 54.

del 2004¹⁴⁴, è stata introdotta una speciale esenzione di responsabilità in favore di amministratori, sindaci e dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili della società per le società facenti parte del gruppo Alitalia in merito agli atti posti in essere nell'intervallo di tempo tra il 18 luglio 2007 e l'entrata in vigore del decreto di agosto 2008. La responsabilità è *“attribuita esclusivamente alle società del Gruppo Alitalia”*. Analogamente, viene esclusa ogni eventuale responsabilità di natura amministrativo-contabile dei soggetti citati e dei *“pubblici dipendenti e dei soggetti comunque titolari di incarichi pubblici”*¹⁴⁵.

Ulteriori differenze rispetto alle società miste di tipo “chiuso”, stante il tendenziale assoggettamento delle società regolamentate alle regole del libero mercato, si riscontrano nella non applicazione alle società quotate di tutta una serie di disposizioni di recente introduzione per il tramite delle c.d. “leggi di stabilità” (o “leggi finanziarie”), finalizzate al contenimento della spesa pubblica quali ad esempio quelle in tema di numero dei componenti dei c.d.a. o dei loro compensi¹⁴⁶.

Trattamento differenziato era previsto, infine, anche con riferimento alle società affidatarie di servizi pubblici locali di rilevanza economica secondo quanto disposto dall'ormai abrogato art. 23 bis del d.l. 112 del 2008. In particolare, una prima distinzione concerneva la soglia di quota massima del capitale riservata al socio pubblico¹⁴⁷ (40% con riferimento alle società “chiuse” e 30%, soglia che doveva essere raggiunta entro il 31.12.2015 relativamente alle società quotate). Secondo rilevante aspetto concerneva, invece, la non necessità di attribuire in capo ai soci privati delle “quotate” *“specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, così come, invece, imposto alle società miste in genere ai sensi del comma 2 lett.b).* *Ratio* evidente di tale esenzione è da ricercarsi nell'ovvia argomentazione dell'ontologica incompatibilità di siffatto requisito con un tipo di soggetto che si rivolge al mercato regolamentato per il collocamento delle azioni ad investitori privati.

¹⁴⁴ Per il tramite del d.l. n. 134 del 2008 convertito con l. n. 166 del 2008.

¹⁴⁵ Viene, peraltro, precisato che i risultati negativi di gestione non possano essere considerati ai fini delle cause di ineleggibilità di cui al comma 734, art. 1 l. 296/2006.

¹⁴⁶ Di applicazione invece generale, ad eccezione di quanto evidenziato per il caso Alitalia, risulta essere la disposizione introdotta dall'art. 1 comma 734 l. n. 296/2006 (finanziaria per il 2007) in tema di cause di ineleggibilità e decadenza degli amministratori.

¹⁴⁷ Art. 23 bis d.l. 112 n. 8 comma 8 lett. D).

Quanto alle norme contenute nel codice civile, un importante elemento di “specialità” è contenuto nell’art. 2449 c.c. in tema di potere di nomina degli amministratori, così come modificato dalla legge comunitaria per il 2007 n. 34 del 2008 emanata in ragione delle note censure mosse dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla precedente disciplina in materia di “golden share”¹⁴⁸.

L’articolo in questione, nel prevedere, in via ordinaria, che nelle società a partecipazione pubblica lo statuto possa attribuire la facoltà, in capo al socio pubblico, *“di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione del capitale sociale”*, riserva al comma 4 una speciale disciplina in favore delle società che fanno ricorso al capitale di rischio, prevedendo che alle stesse si applichino *“le disposizioni del sesto comma dell’articolo 2346”* precisando, inoltre, che *“il consiglio di amministrazione può altresì proporre all’assemblea, che delibera con le maggioranze previste per l’assemblea ordinaria, che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni. A tal fine è in ogni caso necessario il consenso dello Stato o dell’ente pubblico a favore del quale i diritti amministrativi sono previsti”*.

Nessuna distinzione, invece, si registra con riferimento all’art. 2497 c.c. ed alla importante novella introdotta dall’art. 19 comma 6 d.l. n. 78/2009 convertito con l. 102 del 2009, ove viene fornita un’interpretazione del primo comma dell’articolo del codice civile di cui sopra che esclude espressamente lo Stato dalla nozione generale di ente capo gruppo cui fa riferimento la disciplina in tema di direzione e coordinamento delle società.

Da ultimo, è doveroso fare cenno alle recenti norme inserite nel progetto di decreto legislativo, reso disponibile nel febbraio 2016 e ad oggi in valutazione, da emanarsi in ragione dell’art. 17 della legge “Madia” dello scorso agosto (l. n. 124/2015).

Il decreto in questione, in particolare, dedica alcune norme *ad hoc* a tale tipologia di società.

L’art. 3 lett. n) fornisce una definizione di “società quotate”: *“le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati; le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati; le società partecipate dalle une o dalle*

¹⁴⁸ Corte di Giustizia, Sez. 1, n. C-464/04 del 6 dicembre 2007.

altre, salvo che le stesse siano anche controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche”.

L’art. 1, invece, nel ribadire la natura “speciale” di tale tipologia di società prevede in maniera chiara come *“le disposizioni del presente decreto si applicano, solo se espressamente previsto, alle società quotate, come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera o)”*.

Ulteriori richiami sono contenuti inoltre: nell’art. 8 (il cui ultimo comma afferma l’applicazione dei principi di cui all’articolo precedente in tema di acquisto di partecipazioni, anche con riferimento alla sottoscrizione di capitale di società quotate, purché da ciò derivi l’acquisto della qualità di socio); nell’art. 9 in tema di gestione delle partecipazioni pubbliche (ove l’ultimo comma specifica l’applicazione di tale norma anche alle società quotate); art. 14 in tema di crisi d’impresa (dove al comma 5 esclude le società quotate dalle preclusioni in ordine alle operazioni sul capitale previste per i soggetti partecipati che abbiano registrato perdite d’esercizio nei tre esercizi precedenti); art. 25 in tema di revisione straordinaria della partecipazioni (ove l’ultimo comma specifica l’applicazione di tale norma anche alle società quotate); art. 27 nell’ambito delle disposizioni transitorie (dove è espressamente consentito alle P.A. di *“mantenere le partecipazioni in società quotate detenute al 31 dicembre 2015”*).

Norma espressamente riferita in via esclusiva alle società quotate è stata, da ultimo, inserita nell’art. 18 rubricato appunto *“Quotazione di società a controllo pubblico in mercati regolamentati”* posta a disciplina del procedimento di delibera della quotazione¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Le società controllate da una o più amministrazioni pubbliche possono quotare azioni o altri strumenti finanziari in mercati regolamentati, a seguito di deliberazione adottata ai sensi dell'articolo 5, comma 1, secondo le modalità di cui all'articolo 7, comma 1. L'atto deliberativo prevede uno specifico programma avente ad oggetto il mantenimento o la progressiva dismissione del controllo pubblico sulla società quotata.

L'atto deliberativo avente ad oggetto la richiesta di ammissione alla quotazione è adottato con le modalità di cui all'articolo 7, comma 1.

È fatta salva la possibilità di quotazione in mercati regolamentati di società a partecipazione pubblica singolarmente individuate, soggette a regimi speciali in base ad apposite norme di legge.

CAPITOLO II

LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA

Sommario: 1. Introduzione; 2. Elementi costitutivi della responsabilità amministrativa; 3. Natura della responsabilità amministrativa; 4. Responsabilità contabile ed altre ipotesi speciali di responsabilità amministrativa.

1. INTRODUZIONE

Al fine di inquadrare in termini più dettagliati le questioni inerenti ai profili di responsabilità in capo agli amministratori delle c.d. “società pubbliche”, è necessario soffermarsi sull’istituto della c.d. “responsabilità amministrativa”.

La comprensione dell’esatto perimetro di tale forma di responsabilità si rende opportuna per chiarire al meglio le problematiche sottese all’individuazione del giudice competente a decidere con riferimento alle condotte tenute dagli amministratori delle partecipate pubbliche. Le evidenti peculiarità che contraddistinguono tale tipo di responsabilità, rispetto a quelle ordinariamente previste nel libro V del codice civile con riferimento alle società di capitali – cui verrà dedicato nel prosieguo un apposito paragrafo per riassumerne i tratti essenziali – sono a fondamento delle principali critiche espresse in dottrina (e, poi, come vedremo successivamente, recepite in parte dalla giurisprudenza della Suprema Corte) all’atteggiamento “espansivo” espresso dalla Corte dei Conti con riferimento ai comportamenti tenuti dagli amministratori delle società a partecipazione pubblica.

In questo capitolo, si procederà ad una disamina degli elementi caratterizzanti tale tipologia di responsabilità, analizzandone l’elemento oggettivo, soggettivo e la questione non del tutto risolta sotto il profilo dottrinale e giurisprudenziale della sua natura.

Preliminarmente, è necessario precisare a cosa ci riferiamo in questa sede quando parliamo di “responsabilità amministrativa”.

Come evidenziato da autorevole dottrina¹⁵⁰, infatti, nel *Nuovissimo Digesto Italiano* erano contenute quattro voci distinte: “*Responsabilità amministrativa*”, “*Responsabilità amministrativa patrimoniale*”, “*Responsabilità contabile*” e “*Responsabilità Formale*”¹⁵¹.

¹⁵⁰ STADERINI F., *Responsabilità amministrativa e contabile*, voce del Digesto “Pubblico”, 1997, pagg.1 e 2.

¹⁵¹ Voci redatte da ALESSI G., in il *Nuovissimo Digesto Italiano*.

L'autore di tali voci attuava una *summa divisio*, individuando nella prima delle ipotesi la violazione di doveri nei confronti della P.A. atte a comportare l'applicazione di sanzioni di carattere amministrativo, così tenendola distinta dalle ulteriori tre che avrebbero, come denominatore comune, l'accertamento di un fatto illecito da cui conseguirebbe la sussistenza di un danno di natura patrimoniale suscettibile di risarcimento.

Altra dottrina¹⁵² propendeva per l'utilizzo della locuzione "*danno erariale*", dando, così, rilievo all'elemento del danno alla "finanza pubblica" quale elemento di collante tra le varie figure di responsabilità riconducibili in capo ai pubblici agenti nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Altri ancora, in una prospettiva per così dire "giurisdizionale", hanno fatto uso della locuzione "responsabilità contabile", così ricomprendendo al suo interno tutte le ipotesi di responsabilità rientranti nella competenza della Corte dei Conti¹⁵³.

In questa sede, si ritiene di aderire all'accezione di uso più comune volta a ricomprendere nel concetto di "responsabilità amministrativa" le due principali fattispecie di responsabilità devolute alla giurisdizione contabile: responsabilità contabile e responsabilità amministrativa per danno erariale.

Solo marginalmente verranno prese in considerazione le c.d. ipotesi di responsabilità "speciali" e limitatamente ai profili che possono intercettare la figura dell'amministratore di società pubblica.

Ciò premesso, è necessario ora soffermarsi sulle fonti normative e la loro evoluzione storica.

Prima dell'avvento, intorno alla metà degli anni '90, delle leggi n. 19-20 del 14 gennaio 1994 (poi novellate dalla l. n. 639 del 20 dicembre 1996), che in qualche modo hanno individuato una disciplina della responsabilità amministrativa tendenzialmente unitaria sotto il profilo della disciplina sostanziale e processuale, le fonti normative sul tema soffrivano di una evidente frammentazione.

L'esigenza di disciplinare, sul piano positivo, la responsabilità del dipendente verso la pubblica amministrazione emerge già partire dalla fine del secolo XIX.

¹⁵² GARRÌ F., *Responsabilità per danno erariale*, Giuffrè, 1965.

¹⁵³ SCHIAVELLO L., *Responsabilità contabile*, in Enc. Dir. vol. XXXIX, Milano, 1988.

Sul piano teorico, erano risalenti le voci che facevano riferimento ad una responsabilità c.d. “interna” del pubblico funzionario distinta in responsabilità “disciplinare” e “giuridica”.

Orientamenti successivi sentirono, quindi, l’esigenza di scindere ulteriormente la responsabilità “giuridica” in civile, penale e “contabile”¹⁵⁴.

Un primo spunto normativo in tale ultimo senso è rinvenibile nell’art. 10 l. n. 800 del 1862 che attribuiva al giudice contabile il compito di sindacare sui conti “*che debbono rendere tutti coloro che hanno maneggio di denaro o altri valori dello Stato e di altre pubbliche amministrazioni designate dalla legge*”.

Pochi anni più tardi, con l. n. 5026 del 1869, a tale forma di responsabilità strettamente contabile, dove il *quantum* del risarcimento era aritmeticamente individuato dal saldo del conto, se ne affianca una ulteriore focalizzata sul danno arrecato dal pubblico dipendente in ragione di un comportamento doloso o colposo tenuto dallo stesso¹⁵⁵.

Con R.D. 17.02.1884, n. 2016, trovava emanazione il testo unico della *Legge sull'amministrazione del patrimonio dello stato e sulla contabilità generale*, provvedimento che coordinò e aggiornò le disposizioni in materia amministrativo-contabile di competenza della Legge di contabilità di Stato.

L’art. 67 del testo unico citato prevedeva che “*gli ufficiali pubblici stipendiati dallo Stato e specialmente quelli ai quali è commesso il riscontro e la verifica delle casse e dei magazzini, dovranno rispondere dei valori che fossero per loro colpa o negligenza perduti dallo Stato*”. Il medesimo articolo introduce, poi, un elemento di interesse che rappresenta l’embrione del potere riduttivo in capo al giudice contabile su cui ci soffermeremo nel prosieguo. In particolare, il medesimo art. 67, nel porre i comportamenti sopra enunciati sotto la lente giurisdizionale della Corte dei Conti, prevede che quest’ultima “*potrà porre a loro carico (ufficiali pubblici stipendiati) una parte o tutto il valore perduto*”.

¹⁵⁴ Sul tema RODRIQUEZ S., *Responsabilità amministrativa e contabile*, voce del Digesto “Pubblico”, 2008.

¹⁵⁵ Nel dettaglio l’art. 61 della legge citata dava i natali all’innovativo istituto del giudizio di responsabilità nei confronti dei pubblici ufficiali stipendiati dallo Stato i quali rispondevano per “*colpa o negligenza*” non solo per “*deficienza di cassa accertata dall’Amministrazione*” ma anche “*per danno arrecato all’erario*”.

Dopo quasi quarant'anni, il citato testo unico venne, quindi, sostituito dal r.d. n. 2440 del 1923, con il quale si procedette ad estendere i principi enucleati alla totalità degli impiegati statali.

L'art. 86 del regio decreto citato, nel prevedere che *“l'impiegato che per azione od omissione, anche colposa, nell'esercizio delle sue funzioni, cagioni danno allo Stato, è tenuto a risarcirlo”* introdusse un principio generale costituente ad oggi *“il nucleo fondamentale della responsabilità amministrativa”*¹⁵⁶.

Il definitivo disancoramento della responsabilità amministrativa dall'originario giudizio di conto si accompagnò ad una nuova forma di procedimento innanzi alla giurisdizione contabile.

I medesimi principi in tema di responsabilità amministrativa furono, quindi, ribaditi pochi anni più tardi dal testo unico delle leggi sulla Corte dei Conti emanato con r.d. n. 1214 del 1934 ed in particolare dall'art. 52¹⁵⁷.

Sulla stessa linea si inseriscono le novelle normative intervenute successivamente all'avvento della Carta Costituzionale.

Con riferimento ai dipendenti statali furono introdotti gli art. 18-19 dello Statuto degli Impiegati Civili dello Stato contenuto nel d.p.r. n. 3 del 10 gennaio 1957¹⁵⁸.

¹⁵⁶ RODRIQUEZ S., *op. ult. cit.*, pag. 2.

¹⁵⁷ *“I funzionari impiegati ed agenti, civili e militari, compresi quelli dell'ordine giudiziario e quelli retribuiti da amministrazioni, aziende e gestioni statali a ordinamento, autonomo, che nell'esercizio delle loro funzioni per azione od omissione imputabili anche a sola colpa o negligenza cagionino danno allo Stato e ad altra amministrazione dalla quale dipendono sono sottoposti alla giurisdizione della Corte nei casi e modi previsti dalla legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato e da leggi speciali. La Corte, valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto”*.

¹⁵⁸ Art. 18 *“– Responsabilità dell'impiegato verso l'Amministrazione - L'impiegato delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, è tenuto a risarcire alle amministrazioni stesse i danni derivanti da violazioni di obblighi di servizio. Se l'impiegato ha agito per un ordine che era obbligato ad eseguire va esente da responsabilità, salva la responsabilità del superiore che ha impartito l'ordine. L'impiegato, invece, è responsabile se ha agito per delega del superiore”*;

art. 19 *“– Giurisdizione delle Corte dei Conti - L'impiegato, per la responsabilità di cui al precedente articolo, è sottoposto alla giurisdizione della Corte dei conti nei modi previsti dalle leggi in materia. La Corte, valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto il danno accertato o parte di esso. Il diritto al risarcimento si estingue con il decorso del termine di prescrizione ordinario previsto dal Codice civile”*.

Con riferimento ai dipendenti del c.d. “Parastato” l’art. 8 della l. n. 70 del 1975 espressamente estese agli stessi la disciplina in tema di responsabilità stabilita per i dipendenti dello Stato.

Quanto agli amministratori e dipendenti regionali, la cui disciplina, come vedremo, assunse per qualche tempo caratteri differenziali rispetto a quella riservata ai dipendenti statali, le principali norme in materia furono introdotte con il l’art. 31 della l. 335 del 1976 recante “*Principi fondamentali e norme di coordinamento in materia di bilancio e di contabilità delle regioni*”. La norma citata, in particolare, prevedeva come gli amministratori e i dipendenti delle regioni, con riferimento alle responsabilità derivanti da violazione della disciplina sull’effettuazione delle spese e da mancato adempimento degli obblighi di servizio, fossero sottoposti alla giurisdizione contabile.

In passato, con riferimento ai dipendenti degli enti locali, uno dei pochi riferimenti normativi era offerto dal già citato Testo Unico del 1923 il quale prevedeva solamente un’attribuzione di competenza in favore della Corte dei Conti sui giudizi di appello proposti avverso le determinazioni dei Consigli di Prefettura¹⁵⁹.

La disciplina di dettaglio in tema di responsabilità era, invece, regolata dal T.U. n. 383 del 1934 ed in particolare dagli artt. 252-265.

La norma di riferimento era contenuta nell’art. 261 del provvedimento normativo citato il quale individuava un’ipotesi di illecito di carattere generale consistente nel danno cagionato da amministratori e dipendenti con dolo o colpa grave la cui giurisdizione era demandata al Giudice Ordinario e la cui azione, da esercitare nel termine prescrizione di cinque anni, era in capo ai legali rappresentanti degli enti locali.

Nel medesimo T.U. erano, poi, previste ipotesi di illecito di carattere specifico, la cui competenza era demandata ai Consigli di Prefettura (competenza poi assorbita dalla Corte dei Conti¹⁶⁰) ed il cui termine prescrizione era decennale.

¹⁵⁹ Successivamente alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 55 del 1966 che dichiarò illegittimi tali organi, si è ritenuto che “*al venire meno di un giudice di primo grado, si produce l’assorbimento delle sue competenze da parte degli organi di appello dello stesso ordine giurisdizionale*”, SANDULLI A.M., *La Corte dei Conti nella prospettiva Costituzionale*, Dir. Soc., 1979.

¹⁶⁰ Sul punto del riparto di giurisdizione si segnala un annoso contrasto tra La Corte dei Conti e la Cassazione in sede di regolamento di giurisdizione. Secondo l’orientamento dominante del giudice contabile, infatti, la previsione di cui all’art. 260 era da ritenersi di carattere assolutamente residuale rispetto alle ulteriori ipotesi previste nelle restanti norme che concernevano condotte oggetto del sindacato della Corte dei Conti. Argomento chiave sul tema era rappresentato dall’interpretazione particolarmente estensiva offerta dal giudice contabile (e non condivisa dalla Suprema Corte) della norma

In tal senso, si segnalano gli artt. 252, 253 256 del T.U. n. 383 del 1934 aventi ad oggetto vere e proprie ipotesi di responsabilità c.d. “formali” (da intendersi nel senso che la configurazione dell’illecito prescindeva dall’effettivo emergere di un danno in capo alla P.A.) aventi ad oggetto condotte in contrasto con prescrizioni di natura contabile di carattere fondamentale.

Successivamente, con riferimento al personale degli enti locali, la nuova normativa in tema di responsabilità è stata inserita nell’art. 58 legge 142 del 1990 (Ordinamento delle Autonomie Locali) che ha statuito in termini chiari l’equiparazione, sotto il profilo della responsabilità, degli amministratori e del personale degli enti locali agli impiegati civili dello stato alla cui disciplina viene fatto espresso rinvio¹⁶¹.

L’importanza della norma testé citata risiede, peraltro, nelle importanti determinazioni in essa inserite con riferimento ad alcuni aspetti di tale tipologia di responsabilità (prescrizione, trasmissibilità agli eredi) che fino a quel momento non avevano trovato adeguato riscontro nel diritto positivo, ma solo nell’elaborazione giurisprudenziale.

Tale “vuoto” normativo ha trovato soluzione nelle già citate leggi 19 e 20 del 1994 (oltre successiva novella del 1996¹⁶²) che hanno, in via definitiva, delineato un perimetro unitario della disciplina sostanziale e processuale della responsabilità amministrativa e contabile.

contenuta nell’art. 260 del citato T.U. in tema di responsabilità di atti di gestione del patrimonio. Sul punto si veda STADERINI F., *op. ult. cit.*, pag. 8.

¹⁶¹ Art. 58.- (*Disposizioni in materia di responsabilità*)

1. Per gli amministratori e per il personale degli enti locali si osservano le disposizioni vigenti in materia di responsabilità degli impiegati civili dello Stato.

2. Il tesoriere ed ogni altro agente contabile che abbia maneggio di pubblico denaro o sia incaricato della gestione dei beni degli enti locali, nonché coloro che si ingeriscano negli incarichi attribuiti a detti agenti devono rendere il conto della loro gestione e sono soggetti alla giurisdizione della Corte dei conti secondo le norme e le procedure previste dalle leggi vigenti.

3. I componenti dei comitati regionali di controllo sono personalmente e solidalmente responsabili nei confronti degli enti locali per i danni a questi arrecati con dolo o colpa grave nell’esercizio delle loro funzioni.

4. L’azione di responsabilità si prescrive in cinque anni dalla commissione del fatto. La responsabilità nei confronti degli amministratori e dei dipendenti dei comuni e delle province è personale e non si estende agli eredi.

¹⁶² L. 639 del 1996, legge di conversione del d.l. n. 543 del 1996 che è stato preceduto da undici decreti legge (il primo fu il D.L. 717/1994) con medesimo titolo e contenuto quasi identico che non hanno trovato conversione.

Successive normative di settore hanno ribadito il carattere unitario della disciplina. Si segnalano in particolare il d.lgs. 165 del 2001 (con riferimento a tutto il personale pubblico dipendente)¹⁶³ e il TUEL n. 267 del 2000¹⁶⁴.

Quanto al personale c.d. non privatizzato (magistrati, forze dell'ordine ecc.), relativamente al quale rimane attualmente in vigore il d.p.r. del 1957, è da ritenere assolutamente condivisibile la tesi secondo cui le leggi 19 e 20 del 1994 siano pacificamente applicabili *“non solo per la generale portata normativa, ma anche in virtù del richiamo, contenuto all’art. 23 del testo unico sugli impiegati civili dello Stato alle “leggi” (anche sopravvenute) in materia di responsabilità amministrativa e contabile”*¹⁶⁵.

2. ELEMENTI COSTITUTIVI DELLA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA.

La complessa dinamica dei fenomeni di responsabilità in capo agli amministratori della società a partecipazione pubblica impone una disamina dei singoli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa e dei suoi riflessi di natura processuale.

Tale analisi, come già anticipato nel paragrafo precedente, si rende opportuna al fine di individuare gli elementi caratteristici di tale tipologia di responsabilità soprattutto alla luce delle ordinarie ipotesi di responsabilità “sociale” degli amministratori individuate nel codice civile.

Volendo definire in via preliminare tale istituto, è possibile qualificare la responsabilità amministrativa come quel tipo di responsabilità in cui incorre un determinato soggetto legato ad una P.A. da un rapporto di impiego o comunque di servizio in ragione di un comportamento antigiuridico doloso o gravemente colposo da cui consegua un danno, diretto o indiretto, di natura erariale all'ente di appartenenza o ad altro ente pubblico¹⁶⁶¹⁶⁷.

¹⁶³ L'art. 55 del citato decreto prevede espressamente che *“per i dipendenti di cui all’art. 2 comma II, resta ferma la disciplina attualmente vigente in materia di responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile per i dipendenti delle amministrazioni pubbliche”*.

¹⁶⁴ L'art. 93 afferma espressamente che *“per gli amministratori e per il personale degli enti locali si osservano le disposizioni vigenti in materia di responsabilità degli impiegati civili dello Stato”*.

¹⁶⁵ RODRIQUEZ S., *op. ult. cit.*, pag. 3.

¹⁶⁶ Sul tema ex multis GARRI F., *Danno erariale*, in *Enc. Giur.*, vol. X, Roma, 1988; STADERINI F., *Responsabilità amministrativa e contabile*, voce *Digesto*, 1997; RODRIQUEZ S., *Responsabilità amministrativa e contabile*, voce *Digesto*, 2008; SCHIAVELLO L., *Responsabilità amministrativa*, in *Enc. Giur.*, 1999.

Primo elemento di rilievo è dato dalla natura per così dire “propria” della responsabilità. Primo presupposto, infatti, risulta essere la sussistenza di un rapporto d’impiego così come disciplinato ai sensi dell’art. 82 r.d. 2440 del 1923¹⁶⁸ e dall’art. 52 T.U. Corte dei Conti¹⁶⁹.

La prima delle norme citate, nella sua valenza onnicomprensiva, si riferisce a tutti gli impiegati, a prescindere dal livello di carriera.

L’art. 52 fa, invece, riferimento a pluralità di soggetti quali i funzionari, gli impiegati e gli agenti, circostanza che ha portato all’esigenza di distinguere tali figure, per le quali era prevista la giurisdizione contabile, da quella di altri soggetti che arrecassero danni all’erario e per i quali era, invece, prevista la giurisdizione ordinaria.

Nessuna rilevanza, in questa sede, è da attribuirsi alle nozioni di pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio di cui agli artt. 357 e 358 c.p..

Secondo un’impostazione originaria più risalente, l’elemento caratterizzante era rappresentato dall’esistenza di un rapporto di impiego che implicasse l’espletamento di attività lavorativa subordinata con i caratteri della professionalità.

¹⁶⁷ Efficace in tal senso la recente definizione fornita dalla Corte dei Conti Veneto, decisione n. 322 del 2009 secondo cui al fine della configurabilità della responsabilità amministrativa debbono concorrere i seguenti elementi: “che il danno sia lamentato da una Amministrazione qualificabile come pubblica; che sia chiamato a risponderne un soggetto legato a questa da un rapporto di impiego o di servizio; che il danno sia in qualche modo arrecato nell’esercizio di una attività qualificabile come illecita, commissiva od omissiva, connessa con tale rapporto, sia che ne costituisca diretta esplicazione, sia che abbia carattere strumentale o strutturale per l’esercizio della funzione stessa”.

¹⁶⁸ “L’impiegato che per azione od omissione, anche solo colposa, nell’esercizio delle sue funzioni, cagioni danno allo Stato, è tenuto a risarcirlo.

Quando l’azione od omissione è dovuta al fatto di più impiegati, ciascuno risponde per la parte che vi ha presa, tenuto conto delle attribuzioni e dei doveri del suo ufficio, tranne che dimostri di aver agito per ordine superiore che era obbligato ad eseguire”.

¹⁶⁹ “I funzionari impiegati ed agenti, civili e militari, compresi quelli dell’ordine giudiziario e quelli retribuiti da amministrazioni, aziende e gestioni statali a ordinamento, autonomo, che nell’esercizio delle loro funzioni per azione od omissione imputabili anche a sola colpa o negligenza cagionino danno allo Stato e ad altra amministrazione dalla quale dipendono sono sottoposti alla giurisdizione della Corte nei casi e modi previsti dalla legge sull’amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato e da leggi speciali.

La Corte, valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto”.

A partire dagli anni '50, in ragione anche della *vis* espansiva esercitata dalla giurisprudenza contabile sulla base del nuovo art. 103 Cost. che riserva alla Corte dei Conti la giurisdizione in materia di contabilità, in luogo del rapporto di impiego, viene fatto riferimento ad una categoria più ampia rappresentata dal rapporto di servizio¹⁷⁰.

Sulla stessa linea si assesterà, negli anni successivi, anche la giurisprudenza ormai costante della Suprema Corte¹⁷¹ la quale ha fornito una nozione ampia di rapporto di servizio, inquadrandolo nella “*relazione (non necessariamente organica ma) funzionale che implichi la partecipazione del soggetto alla gestione di risorse pubbliche e il suo conseguente assoggettamento ai vincoli e agli obblighi volti ad assicurare la corretta gestione dei beni*”¹⁷².

La giurisprudenza della Corte dei Conti, peraltro, facendo leva sia sulla portata ritenuta immediatamente precettiva dell'art. 103 Cost., sia sulle normative degli anni '90 che hanno “sdoganato” l'ipotesi di c.d. “danno obliquo” (ovvero del danno compiuto nei confronti di una Amministrazione diversa da quella di appartenenza), ha ulteriormente esteso, a partire dagli anni '90, con forte resistenze della giurisprudenza di legittimità, il perimetro dei soggetti potenzialmente attratti nella sua giurisdizione.

In particolare, anticipando solo brevemente quello che verrà adeguatamente scandagliato nel prosieguo del presente lavoro, i giudici contabili, ponendosi in una prospettiva “patrimonio-centrica” – che attribuiva decisiva rilevanza, ai fini del riparto giurisdizionale, alla natura pubblica o meno del denaro o bene oggetto di gestione – ha attirato nella propria orbita decisionale anche soggetti incardinati in enti fino ad ora esclusi quali gli enti pubblici economici e le società a partecipazione pubblica.

Prima componente strutturale dell'illecito è rappresentato dalla condotta dell'agente che può essere sia di tipo commissivo che di tipo omissivo.

A differenza del sistema penale, al di là delle marginali ipotesi per così dire “speciali” di responsabilità amministrativa rinvenibili nel diritto positivo, il sistema della responsabilità amministrativa è caratterizzato dall'atipicità analogamente a quanto disciplinato a livello civilistico dall'art. 2043 c.c..

¹⁷⁰ Ex multis Corte dei Conti, Sez. I, n. 8741 del 1958, Corte dei Conti Sez. Riunite n. 5 del 1961, Corte dei Conti Sez. Riunite n. 128 del 1972;

¹⁷¹ Ex multis Cass. SS.UU. n. 4060 del 1993, Cass. SS.UU. n. 22513 del 2006, Cass. SS.UU. n. 4582 del 2006.

¹⁷² RODRIQUEZ S., *ult. op. cit.*, pag. 4.

Secondo orientamento consolidato, tale forma di responsabilità consegue a comportamenti costituenti violazione degli obblighi di servizio e comunque causative di un danno di natura erariale cagionato nell'esercizio delle funzioni ex art. 18 d.p.r. n. 3 del 1957, art. 82 r.d. n. 2440 del 1923 e art. 52 r.d. n. 1914 del 1934.

La condotta, per essere rilevante, deve maturare in un contesto di occasionalità necessaria rispetto all'attività svolta dal soggetto legato da un rapporto di servizio. L'assenza di tale requisito impone che, per ogni eventuale danno "pubblico" cagionato, il giudice competente sarà quello ordinario.

Secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, tale elemento ricorre ogni volta in cui il fatto illecito determinativo del danno, seppur compiuto al di fuori dell'esercizio normali della mansioni affidate, trovi l'occasione necessaria nell'espletamento del servizio.

Questione di interesse, in ragione dell'ampio dibattito sviluppatosi sul tema, è quella relativa al rapporto tra comportamento illecito ed illegittimità dell'atto amministrativo. È evidente come, sotto un profilo naturalistico, non potrà mai rilevare ai fini della valutazione della responsabilità amministrativa l'illegittimità dell'atto in sé. Ciò che rileva è esclusivamente il comportamento umano che, in quanto antigiusuridico, può essere ritenuto censurabile.

L'illegittimità dell'atto potrà, semmai, rilevare quale importante sintomo dell'illiceità della condotta e con la conseguenza che il giudice contabile, ferma restando la competenza esclusiva del Giudice Amministrativo in ordine alla declaratoria di illegittimità, potrà comunque valutare in via incidentale i profili di legittimità del provvedimento amministrativo¹⁷³.

Anche in sede contabile trovano ovviamente spazio, al fine di escludere l'antigiuridicità della condotta, le scriminanti tipiche riconosciute sia dal codice civile che dal codice penale quale la legittima difesa, lo stato di necessità, l'adempimento di un dovere ecc..

A livello positivo, con preciso riferimento all'operato del dipendente, viene effettuato un espresso richiamo a tali istituti nell'art. 29 l. 3 del 1957 secondo cui *"la responsabilità personale verso i terzi di cui agli articoli precedenti è esclusa, oltre che negli altri casi previsti dalla legge, quando l'impiegato ha agito per legittima difesa di sé o di altri o quando sia stato costretto all'azione od omissione dannosa da violenza"*

¹⁷³ Sul tema FRANCESE M., *L'illegittimità e illiceità al cospetto del giudice contabile, con particolare riguardo alla discrezionalità amministrativa*, in *Foro Amm.*, 1987, pag. 1674.

fisica esercitata sulla persona. Quando ha agito perché costretto dalla necessità di salvare se o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona ed il pericolo non è stato da lui volontariamente causato ne' era altrimenti evitabile, al danneggiato è dovuto dall'amministrazione cui l'impiegato appartiene un indennizzo"¹⁷⁴.

Quanto all'ipotesi di condotta compiuta in esecuzione di ordine gerarchico, tipico degli ordinamenti di natura militare, è da ritenere che, anche in questo caso, possa ritenersi esclusa l'antigiuridicità della condotta, salvo, ovviamente, che l'agente abbia adempiuto in maniera diligente al dovere di rimostranza verso il superiore.

Altro importante limite alla configurabilità della responsabilità amministrativa è individuato espressamente nell'art. 1 comma 1 della l. n. 20 del 1994 (così come modificato dalla l. n. 639) secondo cui sono da ritenersi insindacabili il merito delle scelte discrezionali.

Tale limitazione, considerata secondo un'impostazione diffusa quale *"esplicita applicazione e puntualizzazione della limitazione della responsabilità amministrativa al dolo e colpa grave"*¹⁷⁵, trova la sua *ratio* nei principi espressi dall'art. 2236 c.c. in tema di professioni di natura intellettuale con riferimento ai problemi tecnici di speciale difficoltà.

È evidente, infatti, che la scelta da parte di un amministratore o dirigente pubblico effettuata tra le opzioni legittimamente possibili (costituenti il nocciolo del merito decisionale) non può essere in alcun modo censurata, nonostante gli esiti eventualmente infelici della stessa.

Altrettanto evidente, però, è il fatto che tale insindacabilità non può essere interpretata in termini assoluti. Costante giurisprudenza contabile sul punto, infatti, ha ritenuto comunque censurabili le scelte effettuate, su una base di una valutazione ovviamente *ex ante*, in violazione di legge, di eccesso di potere o comunque manifestamente irrazionali anche alla luce dei principi di efficacia, economicità (recentemente positivizzati, peraltro, dalla l. 241 del 1990).

Con riferimento specifico agli amministratori di società a partecipazione pubblica, il tema si pone soprattutto in ordine alla sindacabilità delle scelte imprenditoriali

¹⁷⁴ Il comma successivo prevede espressamente che per potersi avvalere di tali cause di giustificazione *"l'impiegato ha l'obbligo di informare i superiori prima di essere convenuto in giudizio per il risarcimento del danno o prima che gli siano notificate le diffide previste dagli articoli 25 e 26"* della d.p.r. n. 3 del 1957.

¹⁷⁵ SCHIAVELLO L., *op. ult. cit.*, pag. 11.

effettuate. Sul tema, come vedremo meglio nel prosieguo, possono essere replicate le considerazioni appena enunciate relativamente ai limiti per così dire “esterni” alle scelte discrezionali intraprese, mutuando, a tal fine, ad esempio, i principi costantemente espressi dall’Amministrazione finanziaria e dalla giurisprudenza tributaria sui comportamenti imprenditoriali (astrattamente insindacabili nel merito anche sotto il profilo fiscale) connotati da palese antieconomicità ed irrazionalità.

Quanto alla eventuale sussistenza di un concorso di persone, è necessario preliminarmente distinguere due ipotesi.

Quella di un *extraneus* che concorra alla condotta dell’*intraneus* che vedrà il concorrere della giurisdizione ordinaria e quella contabile.

Quella del concorso di più soggetti *intraneus*. Tale ultima ipotesi si concretizza frequentemente nel fenomeno delle decisioni di natura collegiale e relativamente al quale legislatore¹⁷⁶ e giurisprudenza hanno cristallizzato alcuni principi importanti.

In primo luogo, è da escludere che una qualche forma di responsabilità amministrativa possa configurarsi in capo al soggetto che abbia espresso in sede di delibera “incriminata” un voto contrario.

Con riferimento ai componenti che hanno espresso un voto favorevole, la responsabilità troverà necessaria graduazione in relazione alla tipologia di ruolo ricoperto (presidente, relatore ecc.) potendo, altresì, essere esclusa ogni volta in cui il consigliere sia stato indotto in errore dagli altri nel maturare la propria scelta.

Elemento centrale della responsabilità amministrativa è ovviamente rappresentato dal concetto di danno erariale che costituisce il nucleo dell’istituto ed allo stesso tempo il limite sotto il profilo delle conseguenze patrimoniali.

Non esistono in tal senso figure di danno tipizzate *ex lege*, ed è doveroso, pertanto, il rinvio alle nozioni di matrice civilistica di cui all’art. 1223 di danno emergente e lucro cessante.

Altra distinzione rilevante è quella di danno c.d. “diretto” ed “indiretto”.

La prima ipotesi è rappresentata dal danno cagionato direttamente all’amministrazione di appartenenza; la seconda, invece, si concretizza ogni volta in cui il soggetto titolare di un rapporto di servizio causi con la sua condotta nocumento a terzi subendo così la “rivalsa” dell’Amministrazione che si è trovata a dover risarcire il danno.

¹⁷⁶ Si vedano i commi 1-ter-quater e quinquies di cui all’art. 1 della legge n. 20 del 1994.

Quanto alla natura patrimoniale o meno del danno risarcibile, si è assistito nei decenni ad una decisa evoluzione giurisprudenziale al punto che in dottrina si è sovente fatto riferimento alla mutazione del danno erariale nel c.d. danno c.d. “pubblico”.

Secondo un’impostazione ormai risalente, l’unico danno ritenuto risarcibile era quello che fosse comunque suscettibile di una valutazione economica.

A partire dagli anni ’70, sulla spinta anche della giurisprudenza di legittimità¹⁷⁷, hanno trovato spazio anche interessi di natura collettiva, quali, ad esempio, quelli in tema ambientale.

La Corte dei Conti, in particolare, con la sentenza n. 39 del 1973 (Sez. I) ha “ridefinito” il concetto di danno erariale quale “*danno pubblico alla collettività*” prendendo, quindi, le distanze da una concezione classica legata a logiche prettamente ragionieristiche.

Pronunce successive, nel porsi sulla stessa linea¹⁷⁸, hanno ribadito la funzione della Corte dei conti quale giudice “naturale” degli interessi della collettività quali la bellezza paesaggistica, l’ambiente faunistico, floristico ed ecologico in ragione delle norme di matrice costituzionale contenute agli artt. 25 e 103.

Altro importante arresto del 1989, a seguito del noto scandalo Eni-Petronim, ha offerto l’occasione di attrarre sotto la giurisdizione contabile l’innovativa ipotesi di danno erariale quale “*danno all’economia nazionale conseguente al mancato rispetto da parte del Ministero competente delle norme in materia valutaria*”¹⁷⁹.

Tale evoluzione ha trovato, poi, un’importante ulteriore approdo nelle numerose pronunce che, a partire dagli anni ’90, hanno riconosciuto in favore dell’Amministrazione il ristoro dei danni subiti all’immagine (anche nella sua variante del c.d. “danno da tangente” a seguito dei noti fatti accertati nel 1992 dalla Procura di Milano) oltre ulteriori figure innovative quali ad es. il danno da “disservizio” ed il danno alla “concorrenza”.

¹⁷⁷ Si segnala ex multis Cass. SS.UU. n. 2 del 1980 secondo cui “*non riscontrandosi nella lettura della legge alcuna qualificazione oggettiva del danno erariale e non incontrandosi alcun limite ai fini del collegamento dell’antigiuridicità ad un comportamento soggettivamente concreto, la concezione ontologica del danno erariale debba essere individuata nella lesione di un interesse di pertinenza dello Stato*”.

¹⁷⁸ Corte dei Conti n. 108 del 1975, n. 61 del 1979, n. 10 del 1981.

¹⁷⁹ Corte dei Conti n. 54 del 1989.

Sotto il profilo del diritto positivo, alcuni autori¹⁸⁰ hanno ritenuto di individuare riscontri in tal senso sia nello stesso art. 82 della legge sulla Contabilità di Stato e art. 52 nel T.U. sulla Corte dei Conti ove, nel fare riferimento al “danno”, non viene fatto riferimento alla sua natura necessariamente patrimoniale; sia - argomentando *a contrario* - nella legge del 1986¹⁸¹ che ha espressamente sottratto alla Corte dei Conti la giurisdizione in tema di danno ambientale.

Senza soffermarsi ulteriormente sul tema, che verrà meglio analizzato nel prosieguo del presente lavoro, preme in questa sede solo rilevare come, ai fini della liquidazione di tali figure “innovative”, il criterio utilizzato abbia trovato una decisa sponda nei principi espressi dall’art. 1226 c.c. in tema di valutazione equitativa.

In tema di quantificazione del danno si registrano importanti deviazioni rispetto alle ordinarie regole applicate in tema di responsabilità civile.

L’art. 1 bis della legge n. 20 del 1994 introduce l’importante regola secondo cui “*nel giudizio di responsabilità, fermo restando il potere di riduzione, deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall’amministrazione di appartenenza, o da altra amministrazione, o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità*”.

Viene introdotto, in sostanza, un principio di tipo compensativo volto a circoscrivere il danno eventualmente imputabile al pubblico agente al “delta” tra il nocumento creato alla P.A. e i vantaggi comunque conseguiti da quest’ultima in ragione del comportamento infedele tenuto¹⁸².

Sul punto, un interessante e recente arresto della Corte dei Conti¹⁸³ ha delineato condivisibili coordinate interpretative della norma citata. In particolare, la stessa, in un procedimento relativo alla contestazione di un danno erariale al responsabile dell’Ufficio Tecnico di un Comune condannato al risarcimento per illegittima occupazione di aree di un privato, ha statuito come “*i criteri cui il giudice deve attenersi per l’applicazione della norma sui “vantaggi” sono sostanzialmente i medesimi che*

¹⁸⁰ Sul punto STADERINI F., *op.ult.cit.*, pag. 5, il quale rileva le notevoli perplessità maturate a livello dottrinale in ordine alla configurabilità del giudice contabile quale giudice degli interessi generali o diffusi stante l’evidente incertezza di tale ambito sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo.

¹⁸¹ L. n. 349 del 1983.

¹⁸² Sul punto CACCIAVILLANI I., *La compensatio lucri cum damno nella gestione contabile di fatto*, in *For. Amm.*, 2000 pag. 263, nota a Corte dei Conti n. 490/1999.

¹⁸³ Corte dei Conti Sez. III n. 119 del 2006.

presiedono alla più generale regola della "compensatio lucri cum damno" : accertamento dell'effettività dell' utilitas conseguita; medesimo fatto generatore determinante sia il danno che il vantaggio in relazione ai comportamenti tenuti; appropriazione dei risultati stessi da parte della p.a. che li riconosce; rispondenza della stessa "utilitas" ai fini istituzionali dell'amministrazione che li riceve". La medesima pronuncia ha aggiunto, inoltre, che "se connotati da causa diversa di quella del danno, non è dato tenere conto degli eventuali vantaggi fruiti dall'ente danneggiato o dalla Comunità amministrata".

Altro parametro di rilievo in tema di quantificazione del danno, che sotto il profilo logico trova applicazione in un momento successivo all'avvenuta quantificazione dello stesso nei termini poco sopra richiamati, è rappresentato dal c.d. "potere riduttivo" in capo al giudice contabile, oggi espressamente disciplinato dall'art. 1 comma 1 bis l. n. 20 del 1994.

Tale peculiare istituto, palesemente derogatorio rispetto ai principi operanti in tema di responsabilità civile, ha origine antica trovando fondamento positivo già nella normativa del Regno di Sardegna (art. 20 l. n. 1483 del 1853) e nell'art. 87 della legge sulla contabilità di Stato n. 2016 del 1894¹⁸⁴.

Secondo un orientamento tradizionale della dottrina, trattasi di un potere di natura eccezionale e discrezionale finalizzato ad una determinazione per certi versi equitativa da parametrarsi alla misura della colpa, all'ammontare del danno effettivamente cagionato e tenuto conto di tutti gli elementi di carattere soggettivo ed oggettivo caratterizzanti la fattispecie in esame.

Più recentemente, ha trovato spazio, anche a livello giurisprudenziale, un ulteriore orientamento che individua la *ratio* di tale potere nel principio civilistico del c.d. "*rischio di impresa*" e, più in particolare, nella necessità di "*limitare la condanna alla parte del danno direttamente dipendente dal comportamento colposo dell'impiegato, con esclusione delle conseguenze pregiudizievoli riferibili a fatti organizzativi anomali ed a fatti oggettivi condizionanti l'attività*"¹⁸⁵.

Sotto il profilo applicativo, la giurisprudenza amministrativo-contabile ha, quindi, dato rilevanza, ad esempio, alla giovane età dell'agente, all'esperienza effettivamente

¹⁸⁴ In termini analoghi anche l'art. 83 legge contabilità del 1923 ed art. 52 del testo unico della Corte dei Conti.

¹⁸⁵ STADERINI F., *op. ult. cit.*, pag. 6.

acquisita, al curriculum di servizio, agli stati emotivi contingenti, alle condizioni di salute o di lavoro, alle condizioni economiche ecc.¹⁸⁶.

A livello di circostanze per così dire oggettive, hanno trovato, invece, spazio elementi quali, ad esempio, la disorganizzazione dell'ufficio e la complessità organizzativa dell'ente¹⁸⁷.

Quanto all'elemento soggettivo necessario ai fini della configurabilità di una responsabilità di tipo erariale, a seguito della novella legislativa del d.l. n. 543 del 1996 (convertito con l. 639 del 1996), assumono in rilevanza in via generale il dolo e la colpa grave.

Prima del 1996, erano passibili di contestazione anche le condotte connotate da mera colpa lieve, salvo alcune categorie particolari, riferibili ad attività con tasso di rischio più elevato, per le quali erano già in passato intervenute normative di settore volte a circoscrivere la responsabilità alla sola colpa grave (ed ovviamente al dolo)¹⁸⁸.

L'applicazione generalizzata dell'esonero per colpa lieve è stata oggetto di un importante pronuncia della Corte Costituzionale¹⁸⁹ sui cui è opportuno soffermarsi brevemente prima di procedere alla disamina del concetto di dolo e colpa grave.

Con tre ordinanze di contenuto identico, la sezione I Centrale d'Appello della Corte dei Conti sollevava una questione di legittimità costituzionale della norma richiamata per violazione degli artt. 3, 97 e 103 Cost. nella parte cui *“limita la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo e colpa grave”*.

¹⁸⁶ Ex multis Corte dei Conti n. 771 del 2001, Corte dei Conti n. 1117 del 2004, Corte dei Conti n. 1287 del 2007, Corte dei Conti n. 105/A del 2003, richiamate da RODRIQUEZ S., *op. ult. cit.*, pag. 7.

¹⁸⁷ Corte dei Conti n. 19 del 2004.

¹⁸⁸ Si segnalano, in particolare, in successione cronologica: l'art. 52 l. n. 1592 del 1933 con riferimento alla responsabilità del presidente e dei componenti del cda per spese deliberate in eccedenza ai fondi disponibili o per danni arrecati in violazione di norme; l'art. 22 della legge n. 3 del 1957 in tema di impiegati civili dello stato *“addetti alla conduzione di autoveicoli”*, esenzione estesa poi a tutti i dipendenti civili e militari dello stato con l'introduzione dell'art. 1 l. n. 1833 del 1962; l. n. 69 del 1975 con riferimento agli *“addetti alla conduzione di navi e di aeromobili”*; l. 312 del 1980 con riferimento al personale scolastico impegnato nell'esercizio di vigilanza sugli alunni; l. n. 67 del 1981 con riferimento al personale ferroviario addetto alle *“funzioni inerenti alla circolazione dei treni e delle attività direttamente connesse”*.

¹⁸⁹ Corte Cost. n. 371 del 1998.

Sotto il profilo del contrasto con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3, il rilievo mosso censurava, *in primis*, l'estensione indifferenziata dell'esonero da responsabilità da colpa lieve a tutti gli agenti pubblici, indiscriminatamente.

Se è pur vero, infatti, che la Corte già in passato aveva ritenuto legittime ipotesi specifiche di esonero¹⁹⁰, veniva, comunque, stigmatizzato che, nel caso di specie, un'estensione generalizzata di tale privilegio non trovasse ragionevole motivazione.

Secondo le ordinanze di rimessione, in sostanza, siffatto esonero si sarebbe prestato “*a determinare situazioni di incuria nell'esercizio delle pubbliche funzioni, con conseguente sottrazione alla giurisdizione contabile di una serie di comportamenti lesivi di beni la cui tutela la Costituzione affida alla detta giurisdizione*”. Da ciò conseguirebbe, peraltro, una violazione degli art. 97 e 103 comma II Cost. in tema di efficienza e regolarità della gestione finanziaria degli enti pubblici¹⁹¹.

Altra criticità veniva ravvista nel fatto che, irragionevolmente, comportamenti di natura analoga avrebbero trovato regimi diversi in ragione del tipo di giurisdizione chiamata a decidere.

La Corte, nel rilevare, preliminarmente, come il legislatore non incontri limite alcuno (se non quello dell'irragionevolezza e dell'arbitrarietà) nell'individuare il grado di colpa richiesto per le singole fattispecie ritenute rilevanti sotto il profilo della responsabilità erariale, sottolinea come tale nuovo innesto normativo trovi ragionevole *ratio* nelle recenti riforme che, da una parte, hanno dato una nuova conformazione alla responsabilità amministrativa contabile (si pensi ad esempio all'innovato principio

¹⁹⁰ Come ad esempio Corte Cost. n. 54 del 1975 e n. 164 del 1982 nelle quali è stato esplicitamente negata l'esistenza di un qualche principio di rilevanza costituzionale che escluda la possibilità di prevedere una graduazione della colpa.

¹⁹¹ Con riferimento più specifico alla responsabilità di natura strettamente contabile viene, inoltre rilevato come “*escludere la responsabilità contabile nei confronti dell'erario, nel caso di "colpa normale", equivarrebbe a rimuovere l'effetto garantistico delle regole contabili, rendendo, altresì, incerta la consistenza patrimoniale dello Stato e degli altri enti, ed anche quella finanziaria, in virtù della connessione fra le due valenze sancita dalle regole sui bilanci pubblici, di cui alla legge n. 468 del 1978 e successive modifiche*”. Il che comporterebbe, secondo i rimettenti, la conseguente violazione dell'art. 81 Cost. visto che la nuova disciplina potrebbe avere l'effetto “*di non garantire la tempestività e la completezza dei dati finanziari e patrimoniali generali, con conseguenze negative sul piano delle leggi di bilancio e di riequilibrio della finanza pubblica, nonché su quello della credibilità dei dati dimostrativi del rispetto dei "parametri di Maastricht", dando luogo, in tal guisa, anche alla violazione dell'art. 11 della Costituzione, sotto il profilo del mancato rispetto degli obblighi internazionali e delle limitazioni derivanti da quel Trattato, oltre che da quello precedente di Roma*”.

dell'intrasmissibilità agli eredi, che analizzeremo poi) e, dall'altra, hanno rivisitato l'ordinamento del pubblico impiego *“attraverso la c.d. privatizzazione, in una prospettiva di maggiore valorizzazione anche dei risultati dell'azione amministrativa, alla luce di obiettivi di efficienza e di rigore di gestione”*.

L'intento del legislatore, nel caso di specie, in sostanza, sarebbe stato quello di *“predisporre nei confronti degli amministratori e dei dipendenti pubblici, un assetto normativo in cui il timore delle responsabilità non esponga all'eventualità di rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa”*.

La normativa in questione individuerrebbe, quindi, un punto di equilibrio, il cui merito è insindacabile da parte del Giudice delle Leggi, finalizzato a caricare sullo Stato una quota parte del rischio dell'attività del pubblico agente, affinché lo stesso possa vedere nella *“prospettiva della responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo”*.

Siffatta argomentazione ha escluso, in via assorbente, la sussistenza delle ulteriori criticità rilevate con riferimento agli artt. 97 e 103 Cost..

Ciò premesso, vediamo, quindi, brevemente, i singoli profili di dolo e colpa grave, rilevanti ai fini della configurabilità della c.d. *“responsabilità amministrativa”*.

Quanto al dolo, la tesi maggioritaria tende ad identificarlo con la figura omonima prevista dall'art. 43 del codice penale che qualifica il comportamento *“doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione”*.

Secondo giurisprudenza contabile ricorrente, in sostanza, tale elemento soggettivo si configurerebbe a fronte di danni previsti e voluti come conseguenza della propria azione o omissione¹⁹².

Tale impostazione, però, non trova riscontro unanime. Non mancano, infatti, precedenti, anche recenti, volti ad identificare il dolo di cui all'art. 1 l. n. 20 del 1994 con quello di

¹⁹² Ex multis Corte dei conti n. 228 del 2002 e n. 244 del 2003 e Corte dei Conti Puglia n. 885 del 2006 secondo cui *“ai fini della responsabilità amministrativa, occorre avere riguardo alla nozione di dolo di cui all'art. 43 c.p., non essendo invece applicabile la nozione di dolo elaborata nel contesto della responsabilità contrattuale; per l'integrazione del suddetto elemento soggettivo è, pertanto, necessario che il danno arrecato all'Erario sia preveduto e voluto dall'agente quale conseguenza della propria azione od omissione, o quanto meno che l'agente, prevedendone la verifica, ne abbia accettato il rischio, comportandosi anche a costo di determinarlo”*.

tipo contrattuale, rappresentato dalla coscienza e volontà di non adempiere alle proprie obbligazioni¹⁹³.

In tal senso si segnala, ad esempio, una interessante pronuncia della Corte dei Conti in Sezioni Riunite¹⁹⁴ secondo cui *“nel giudizio di responsabilità amministrativa, il quale si caratterizza per l'inadempimento di preesistenti doveri di comportamento nascenti dal rapporto di servizio, viene in rilievo il dolo c.d. contrattuale, o "in adimplendo" che attiene al cosciente inadempimento di una specifica obbligazione contrattuale, quale ne sia la sua fonte e non il dolo penale (al quale è assimilabile il dolo c.d. extracontrattuale) produttivo di responsabilità aquiliana, e che si caratterizza come diretta e cosciente intenzione di nuocere, ossia di agire ingiustamente a danno di altri, da parte di persona imputabile”*¹⁹⁵.

Tali oscillazioni giurisprudenziali sono evidente sintomo della “diatriba” ancora non risolta sulla natura risarcitoria o sanzionatoria di tale tipo di responsabilità, questione cui verrà dedicato maggiore spazio nel prosieguo.

Quanto alla colpa grave, l'assenza di un orientamento consolidato in ordine al perimetro entro cui inquadrare siffatta regola di imputabilità della condotta impone una breve disamina delle tesi in campo sul tema¹⁹⁶.

In ambito penalistico, la colpa trova riferimento normativo nell'art. 43 del c.p. secondo cui è *“è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è*

¹⁹³ Recentemente in dottrina sul punto VETRO A., *il dolo contrattuale o civilistico: applicazione nei giudizi di responsabilità amministrativa secondo la più recente giurisprudenza della Corte dei Conti*, in www.contabilità-pubblica.it, 2011.

¹⁹⁴ Corte dei Conti, Sez. Riunite n. 63 del 1996.

¹⁹⁵ Sulla stessa linea: Corte dei Conti Sardegna, Sez. Giurisdizionale, n. 294 del 2009; Corte dei Conti Umbria, Sez. Enti Locali, n. 278 del 2004; Corte dei Conti Lazio, Sez. Giurisdizionale n. 236 del 2000; Corte dei Conti Umbria, Sez. Giurisdizionale n. 405 del 2006; Corte dei Conti, Sez. III n. 114 del 1998 la quale ha evidenziato in maniera chiara come *“la nozione di dolo non si identifica con quella di cui all'art. 43 c.p., ma si qualifica come "dolo civile contrattuale", sostanziandosi nella volontà di non adempiere ad obblighi di servizio precostituiti. La colpa grave va ravvisata nella sprezzante trascuratezza dei propri doveri, resa ostensiva di un comportamento improntato alla massima negligenza o imprudenza, ovvero ad una particolare noncuranza degli interessi dell'ente amministrato, o, ancora, a grossolana superficialità nell'applicazione delle norme di diritto”*,

¹⁹⁶ Ampiamente sul tema NOVELLI P. e VENTURINI L., *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Giuffrè, 2008, pagg. 60 e seguenti.

voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline”.

A livello civilistico, il concetto di colpa assume valenza per così dire “obiettiva” in quanto fondata su un raffronto tra il comportamento tenuto dal soggetto e quello astrattamente richiesto sulla base di modelli astratti quali il buon padre di famiglia, il professionista ecc..

In letteratura, emergono due orientamenti tradizionali: la concezione c.d. “psicologica”, secondo cui la colpevolezza è da individuarsi nel nesso psichico tra l’agente e il fatto; la concezione c.d. “normativa”, secondo cui la colpevolezza consegue ad un “*giudizio di rimproverabilità per l’atteggiamento doveroso della volontà che era possibile non assumere*”¹⁹⁷.

Tra le due tesi appena enunciate è da ritenere che solo la concezione normativa possa trovare un ambito di applicazione in tema di responsabilità amministrativa. Ciò in ragione della evidente circostanza che solo tale approccio di valutazione del comportamento tenuto dall’agente consente di effettuare una graduazione della colpa.

L’assetto normativo contenuto nella legge n. 20 del 1994 (e successive modificazioni) sul tema delinea, infatti, con chiarezza un sistema di accertamento della responsabilità calato e personalizzato il più possibile sulla realtà concreta oggetto di analisi. Spunti in tal senso emergono, ad esempio, dalle già citate disposizioni in tema di potere di riduzione, di intrasmissibilità della responsabilità agli eredi, di parziarietà della responsabilità ecc..

La giurisprudenza contabile sul tema propende, correttamente, in via maggioritaria, per la concezione normativa della colpa identificandola “*con il giudizio di rimproverabilità per l’atteggiamento antidoveroso della volontà che era possibile non assumere*”¹⁹⁸.

La tipologia di colpa, alla quale il giudice contabile si riferisce nei giudizi di responsabilità, è quella c.d. in concreto, “*accertata con un giudizio ex ante, in base ai criteri di prevedibilità ed evitabilità della serie causale produttiva del danno*”¹⁹⁹.

Quanto alla definizione di “colpa grave”, alcuni arresti più risalenti della Corte dei Conti hanno fatto riferimento all’art. 2 comma III della legge n. 117 del 1988 - in tema

¹⁹⁷ NOVELLI P. e VENTURINI L., *op. ult. cit.*, pag. 63.

¹⁹⁸ STALTERI A., *La gravità della colpa dell’organo politico di vertice dell’Amministrazione locale nell’ambito del giudizio di responsabilità amministrativa*, nota a commento di Corte dei Conti Sez. I, n. 107 del 2015, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.4, 2015, pag. 1276.

¹⁹⁹ STALTERI A., *op. ult. cit.*, pag. 1276.

di responsabilità dei magistrati – e all’art. 5 comma 3 del d.lgs. 472 del 1997, - in tema di sanzioni amministrative per le violazioni di natura tributaria – le quali ravvisano la sussistenza dell’elemento soggettivo in esame, rispettivamente, nella *“grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile”* e *“quando l’imperizia o la negligenza del comportamento sono indiscutibili e non è possibile dubitare ragionevolmente del significato e della portata della norma violata e, di conseguenza risulta evidente la macroscopica inosservanza di obblighi elementari”*²⁰⁰.

Su linee interpretative non distanti si pongono ulteriori precedenti che fanno, ad esempio, riferimento alla *“marcata trasgressione degli obblighi di servizio o di regole di condotta”*²⁰¹, alla *“violazione di elementari norme di comportamento”*²⁰², all’*“errore professionale inescusabile”*²⁰³ ecc..

La giurisprudenza più recente, ormai in via di consolidamento, tende ad identificarla *“nella macroscopica e inescusabile negligenza ed imprudenza nell’espletamento delle mansioni e/o nell’adempimento dei propri doveri istituzionali, cioè in un atteggiamento di estrema superficialità, trascuratezza o scriteriato nella cura dei beni e interessi pubblici, ovvero in un comportamento caratterizzato da un grado di diligenza, prudenza, perizia, razionalità e correttezza decisamente inferiore allo standard minimo professionale e tale da rendere prevedibile o probabile il concreto verificarsi di un evento dannoso”*²⁰⁴.

Ulteriore elemento costitutivo della responsabilità amministrativa è rappresentato, ragionevolmente, dalla sussistenza del nesso causale tra condotta – perpetrata in un contesto di occasionalità necessaria del rapporto di servizio – e danno arrecato all’Amministrazione.

Sul punto, la giurisprudenza si rifà tendenzialmente ai principi espressi dagli art. 41 e 42 del c.p. in tema di rapporto di causalità e concorso di cause, richiamando le teorie più diffuse in materia²⁰⁵.

²⁰⁰ In tal senso Corte dei Conti, Sez. I, n. 83/A del 2000 e Corte dei Conti, Molise, n. 226 del 1997.

²⁰¹ Corte dei Conti, Sez. Riunite, n. 23/A del 1998.

²⁰² Corte dei Conti n. 51 del 2000.

²⁰³ Corte dei Conti n. 801 del 2007.

²⁰⁴ Corte conti, Sez. III App., n. 523 del 2010; in senso analogo Corte conti, Sez. giurisdiz. Lombardia, n. 685 del 2011, Corte conti, Sez. giurisdiz. Molise, n. 102 del 2010.

²⁰⁵ Sul tema in dottrina si vedano: BASILE F., *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Giuffrè, 2005; BLAIOTTA R.-CANZIO G., voce

In particolare, viene spesso richiamato il principio della “*condicio sine qua non*”, specialmente nella sua variante della c.d. “*causalità adeguata*”²⁰⁶. Tale teoria, elaborata per la prima volta dalla dottrina tedesca, sostiene che l’evento dannoso, per poter essere imputato ad una condotta umana, richiede non solo che quest’ultima ne sia stata condizione necessaria, “*ma, altresì, che l’evento stesso, sulla base di un giudizio ex ante, ne costituisca uno sviluppo probabile, normale, prevedibile*”²⁰⁷.

Ulteriori pronunce hanno, invece, preso a riferimento la nota tesi dell’Antolisei della c.d. “*causalità umana*”, in virtù della quale debbano essere esclusi dal nesso eziologico i fatti di natura imprevedibile o atipica²⁰⁸.

Con riferimento alle condotte di tipo omissivo, pur in assenza di precedenti noti, è da ritenere che anche nell’ambito della c.d. “responsabilità amministrativa” possano trovare spazio le note conclusioni della sentenza “Franzese”²⁰⁹, la quale, nel negare ogni automatismo tra il *quantum* di probabilità statistica ed esito del giudizio, ha ragionevolmente affermato che “*non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno,*

Causalità (Dir. pen.), in AA.VV., Dizionario di diritto pubblico, diretto da S. CASSESE, vol. II, Milano, 2006, pagg. 821 ss.; CANZIO G., *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, Diritto Penale e Processo, 2003, pagg. 1193 ss.; ANGIONI F., *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, Studi in onore di G. MARINUCCI, Milano, Giuffrè, 2006, pagg. 1279 e ss.; FACCIOOTTI S., *Responsabilità medica e riparto dell'onere della prova del nesso di causalità: inversione di rotta?*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2011, 10, pag. 11000; DI GIOVINE O., *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, pag. 1487; DI MARTINO A., *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza ed accertamento*, Diritto Penale e Processo, 2003, pagg. 61 ss.; LICCI G., *Teorie causali e rapporto di imputazione*, Jovene, 1996; MASERA L., *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, Diritto Penale e Processo, 2006, pagg. 493 ss.; PIOLETTI U., voce *Causalità (rapporti di)*, in *Digesto Penale*, 2008; PAGLIARO A., *Causalità e diritto penale*, in *Cass. Penale*, 2005, pagg. 1037 ss.; STELLA F., *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, pagg. 12217 ss.; STELLA F., *Rapporto di causalità*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, 20 ss.; STELLA F., *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico chirurgica*, in *Cass. Penale*, 2005, pagg. 1062 ss.; ALEO S., *Causalità complessità e funzione penale. Per un'analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale*, Giuffrè, 2009.

²⁰⁶ Ex multis Corte dei Conti, Sez. II, n. 298 del 1993 e Corte dei Conti n. 1007 del 1999.

²⁰⁷ GAROFOLI R., *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale*, Nel Diritto Editore, 2011, pag. 536.

²⁰⁸ Corte dei Conti n. 11 del 1991.

²⁰⁹ Cass. SS.UU. n. 30328/2002

dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con “alto o elevato grado di credibilità razionale” o “probabilità logica”.

Questione da dirimere sul punto è il grado di probabilità logica rilevante, ai fini della configurabilità della responsabilità erariale in capo al pubblico agente.

Come è noto, infatti, le condivisibili conclusioni della sentenza sopra citata hanno trovato modalità applicative distinte a seconda dell'ambito (civile o penale) in cui sono state prese in considerazione. Se, infatti, ai fini dell'accertamento della responsabilità penale, ha trovato spazio la regola di matrice garantista dell'”*oltre ogni ragionevole dubbio*”, in ambito civile, stante la differenza degli interessi in gioco, si è fatto, preferibilmente, riferimento alla regola del “*più probabile che non*”.

La questione intercetta, evidentemente, le problematiche già accennate in ordine alla natura, se sanzionatoria o risarcitoria, della responsabilità amministrativa.

Un approccio pubblicistico che esaltasse la natura punitiva della responsabilità comporterebbe, ragionevolmente, il richiamo dei principi già evidenziati in tema di giudizio penale.

Diversamente, l'accoglimento della tesi c.d. “civilistico-risarcitoria” comporterebbe l'applicazione della regola meno rigorosa del “*più probabile che non*”.

Siffatta ultima tesi è da ritenersi – ad avviso di chi scrive – preferibile, ciò non solo per il fatto che gli interessi sottesi all'accertamento di una responsabilità di tipo erariale sono di natura normalmente patrimoniale, analogamente a quello che avviene in ambito civilistico; ma anche per il fatto che, opinando diversamente, si creerebbe una ingiustificata situazione di disparità con riferimento a quelle condotte assolutamente analoghe che potrebbero trovare soluzioni assolutamente difformi per la semplice ragione di essere oggetto di giurisdizioni distinte.

Ulteriori elementi caratterizzanti la responsabilità amministrativa sono rappresentate dalla tendenziale intrasmissibilità della responsabilità agli eredi del pubblico agente, in caso di morte e della tendenziale parzialità delle obbligazioni risarcitorie. Entrambi gli elementi costituiscono evidenti deroghe agli ordinari principi propri della responsabilità civile che prevedono, di norma, trasmissibilità e solidarietà.

Il principio della intrasmissibilità agli eredi, in origine, venne introdotto dall'art. 58 comma IV l. n. 142 del 1990 con riferimento ai soli amministratori e dipendenti di comuni e province. La sua applicazione generalizzata avvenne solo a seguito dell'entrata in vigore della l. 639 del 1996.

Antecedentemente, nel silenzio normativo sul punto, risalente dottrina sosteneva che in ragione della natura patrimoniale dell'obbligazione risarcitoria la stessa fosse trasmissibile agli eredi, in applicazione degli ordinari principi previsti dal codice civile in materia di successione.

Sotto il profilo processuale, ciò avrebbe implicato la prosecuzione del giudizio di responsabilità ex art. 110 c.p.c. nei confronti degli aventi causa.

In senso critico²¹⁰ veniva, però, evidenziato come l'applicazione di un meccanismo siffatto avrebbe comportato l'imputazione in termini oggettivi di fatti del *de cuius* a soggetti del tutto estranei.

L'attuale formulazione dell'art. 1 l. n. 20 del 1994 prevede che *“il relativo debito si trasmette agli eredi secondo le leggi vigenti nei casi di illecito arricchimento del dante causa e di conseguente indebito arricchimento degli eredi stessi”*.

L'introduzione di tale norma è stata letta dalla prevalente giurisprudenza contabile come conferma del carattere speciale della responsabilità amministrativa rispetto alle altre forme di responsabilità conosciute dall'ordinamento. Sul punto, in particolare, è opportuno richiamare quanto affermato dalla Corte dei Conti in Sezioni Riunite, secondo cui *“la disciplina normativa sulla intrasmissibilità agli eredi della responsabilità amministrativa per danno riveste carattere generale e rappresenta una commutazione propria del regime giuridico della responsabilità medesima senza che possa più qualificarsi quale deroga al sistema civilistico di devoluzione all'erede del patrimonio del defunto con conseguente successione nella totalità dei rapporti attivi o passivi che facciano capo al "de cuius"; e, pertanto, l'art. 1, l. 14 gennaio 1994 n. 20 secondo cui la responsabilità amministrativa è personale e non si estende agli eredi, salvo le eccezioni previste, è norma di immediata applicazione anche quando la morte dell'autore dell'illecito si sia verificata prima della sua entrata in vigore”*²¹¹.

La regola dell'intrasmissibilità conosce, però, due limiti di fondo.

²¹⁰ SCOCA F. G. a cura di, *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, CEDAM, 1997, pag. 124.

²¹¹ Corte dei Conti, Sez. Riunite, n. 26/QM del 1996.

In primis, come chiaramente statuito dalla norma sopra riportata, essa non trova applicazione con riferimento all'eventuale indebito arricchimento degli eredi in ragione di un comportamento *contra ius* tenuto dal *de cuius*.

Ciò, ovviamente, non mira a sanzionare gli eredi, ma semplicemente a rimuovere ogni conseguenza di tipo patrimoniale del comportamento illecito da cui è derivata la responsabilità. Conseguentemente, come rilevato da un recente arresto giurisprudenziale²¹², gli eredi non sono ammessi alla procedura del c.d. condono erariale.

Quanto all'eventuale comprovato illecito arricchimento del *de cuius*, sempre in giurisprudenza, si è avuto modo di evidenziare come ad essa non consegua una presunzione assoluta di arricchimento degli aventi causa, ciò in quanto non può essere esclusa a priori l'ipotesi che il profitto illecito sia stato integralmente consumato dal responsabile finché era ancora in vita²¹³.

In secondo luogo, tale regola non può trovare applicazione nell'ipotesi in cui il giudizio di responsabilità sia già stato definito con sentenza passata in giudicato al momento dell'apertura della successione.

Sul tema si segnala un importante precedente²¹⁴ del giudice contabile il quale, dopo aver preliminarmente affermato che l'illecito erariale non si trasmette agli eredi in ragione dell'”*estrema difficoltà per costoro di difendersi, proseguendo un giudizio già incardinato, in relazione alla contestazione di un danno erariale che è stato causato da un fatto altrui, ossia da condotte commissive od omissive del proprio congiunto*”, afferma come tali considerazioni non possano avere valenza applicativa ogni volta in cui il giudizio sia stato già definito con sentenza passata in giudicato.

In tale ipotesi l'obbligazione risarcitoria è ormai entrata in via definitiva a far parte del patrimonio del *de cuius*, con la conseguenza che, ai fini successori, si applicheranno le ordinarie regole previste dal codice civile. Di converso, come sottolinea la Corte, nessun pregiudizio colpirà in via automatica i chiamati all'eredità, i quali sono posti nelle condizioni di valutare liberamente o meno se accettare, rinunciare o accettare con beneficio d'inventario.

²¹² Corte dei Conti, Sez. III, n. 10 del 2011.

²¹³ Corte dei Conti, Sez. III, n. 214 del 2008.

²¹⁴ Corte dei Conti, Sez. Friuli Venezia Giulia n. 233 del 2001, con nota di RODRIQUEZ S., *La responsabilità amministrativa tra natura personale e trasmissibilità agli eredi*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2007, pag. 2616.

Il secondo aspetto caratterizzante dell'obbligazione risarcitoria è rappresentato dal suo carattere tendenzialmente parziario così come disciplinato dal comma 1 quater art. 1 legge n. 20 del 1994 secondo cui *“se il fatto dannoso è causato da più persone, la Corte dei conti, valutate le singole responsabilità, condanna ciascuno per la parte che vi ha preso”*. Tale regola, come già detto, rappresenta un'evidente deviazione rispetto a quanto previsto in tema di responsabilità civile dove di norma vige il principio della solidarietà (art. 1294 c.c.).

Anche tale disposizione, analogamente a quella relativa all'intrasmissibilità, rappresenta un'ulteriore declinazione del principio di personalità della responsabilità amministrativa.

L'unico correttivo a tale regola, la cui *ratio* non pare dissimile a quella già vista in tema di successione dell'obbligazione risarcitoria, è contenuta nel comma successivo, 1 *quinquies*, secondo cui *“i soli concorrenti che abbiano conseguito un illecito arricchimento o abbiano agito con dolo sono responsabili solidalmente”*.

Quanto al termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno, esso risulta, ad oggi, disciplinato dal comma II dell'art. 1 l. n. 20 del 1994 secondo cui *“il diritto al risarcimento del danno si prescrive in ogni caso in cinque anni, decorrenti dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso, ovvero, in caso di occultamento doloso del danno, dalla data della sua scoperta”*.

Il successivo comma III prevede, inoltre, che *“qualora la prescrizione del diritto al risarcimento sia maturata a causa di omissione o ritardo della denuncia del fatto, rispondono del danno erariale i soggetti che hanno omesso o ritardato la denuncia. In tali casi, l'azione è proponibile entro cinque anni dalla data in cui la prescrizione è maturata”*.

Prima di tale novella normativa sussisteva un vuoto normativo sul tema, circostanza che aveva portato ad alcune oscillazioni interpretative sul tema.

In un primo tempo, infatti, si riteneva che il termine di riferimento fosse quello quinquennale, previsto in tema di responsabilità aquiliana. In un secondo momento, a partire dal dopoguerra, si era, invece, affermata la tesi secondo cui il termine prescrizione di riferimento fosse quello ordinario decennale previsto per la responsabilità contrattuale *“tenuto conto che la responsabilità amministrativa, che ha per presupposto l'inosservanza di particolari obblighi di servizio verso*

l'Amministrazione, è maggiormente assimilabile a quest'ultima anziché a quella extra contrattuale"²¹⁵.

Le uniche questioni di rilievo sull'argomento concernono la corretta individuazione del c.d. *dies a quo*. Ad una disamina della giurisprudenza costante sul punto emerge, infatti, come il giudice contabile fornisca un'interpretazione della locuzione "*fatto dannoso*" non esattamente rispondente al tenore letterale della disposizione. In particolare, il momento di decorrenza del termine non viene cristallizzato in quello del comportamento produttivo del danno (come la norma farebbe, invece, intendere) ma in quello dell'evento di danno²¹⁶.

Interessante contrasto risolto, recentemente, dalla Corte dei Conti in Sezioni Riunite²¹⁷ ha riguardato il problema dell'individuazione de. C.d. *dies a quo* nelle ipotesi di danno indiretto, che si concretizza ogni volta in cui l'Amministrazione debba rivalersi nei confronti del dipendente che con il suo comportamento avesse creato danni a terzi oggetto di risarcimento da parte dell'Amministrazione di appartenenza.

Le tesi sul campo, con alcune varianti, erano sostanzialmente due: secondo un primo orientamento dominante, tale momento doveva essere individuato nel momento in cui si consolidava l'obbligazione risarcitoria verso il terzo a seguito del passaggio in giudicato della sentenza; secondo altro orientamento minoritario, invece, il momento rilevante era quello dell'effettivo avvenuto pagamento del risarcimento.

La Corte, nell'accogliere quest'ultima impostazione, evidenziava come in effetti, sebbene fosse un dato assodato che l'obbligazione si cristallizzava con il passaggio in giudicato della pronuncia, il momento effettivo in cui si materializzava il danno in capo all'Amministrazione era quello dell'emissione del mandato di pagamento.

3. NATURA DELLA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA.

Una delle questioni maggiormente sentite in dottrina ed in giurisprudenza ha riguardato la natura, risarcitoria o eminentemente sanzionatoria, da attribuirsi alla responsabilità amministrativa. Sebbene tale dibattito trovasse, in passato, ragione d'essere nelle

²¹⁵ In questi termini, peraltro, si esprimeva anche l'art. 19 del T.U. n. 3 del 1957.

²¹⁶ Ex multis Corte dei Conti Veneto, Sez. giurisdiz., n. 382 del 2011, Corte dei Conti Veneto, Sez. giurisdiz., n. 126 del 2011.; Corte dei Conti Campania, Sez. giurisdiz., n. 1 del 2011, Corte dei Conti, Sez. II, n. 20 del 2010; Corte conti, Sez. II, n. 17 del 2007; Corte conti, Sez. Riun. (QM), n. 4 del 2007; Corte conti Campania, Sez. giurisdiz., n. 2935 del 2010.

²¹⁷ Corte dei Conti, Sez. Riunite n. 14 del 2011.

rilevanti lacune normative che caratterizzavano l'istituto (quali il regime dell'onere probatorio e la prescrizione dell'illecito), poi in parte colmate dalle novelle degli anni '90, la questione risulta ancora oggi d'attualità sotto innumerevoli profili.

Si pensi, ad esempio, ai possibili riflessi dell'accoglimento dell'una o dell'altra tesi di cui sopra – in materia di natura della responsabilità amministrativa – sulla concezione di “dolo”, rilevante ai fini della configurabilità di un illecito di tipo erariale: l'adesione ad una tesi per così dire civilistica avrebbe, come conseguenza, l'adesione ad una definizione di dolo di tipo “contrattuale” incentrata sulla coscienza e volontà di aver posto un comportamento in violazione degli obblighi nascenti dal rapporto di servizio; diversamente, la condivisione di una tesi “sanzionatoria” comporterebbe un rinvio alla concezione di dolo di cui all'art. 43 c.p. il quale trova nel suo perimetro non solo la coscienza e volontà della violazione, ma anche dell'evento danno arrecato con la condotta.

Analogamente, una concezione civilistica piuttosto che sanzionatoria di tale tipo di responsabilità potrebbe sortire riflessi di non poco conto in ordine all'interpretazione da darsi al noto potere riduttivo riconosciuto alla Corte dei Conti. Sul tema, infatti, si contrappongono da tempo quegli autori che ravvisano in tale potere, da una parte, un potere di determinare in concreto la sanzione pecuniaria e, dall'altra, un strumento comunque finalizzato alla ripartizione del danno tra danneggiante e danneggiato, sulla base delle rispettive responsabilità e in considerazione del rischio per così dire d'impresa insito nello svolgimento della complessa attività amministrativa.

Gli elementi di diritto positivo ad oggi vigenti offrono, in effetti, suggestive argomentazioni per entrambi i principali orientamenti. D'altronde, che la natura di tale responsabilità soffrisse di elementi per così dire di “ambiguità” emerge chiaramente sin dall'origine, dalle dichiarazioni che Cavour rese avanti il Parlamento Subalpino nel lontano 1852 p, alla nascita della giurisdizione contabile, parlando di “*castigo di denaro da determinarsi dalla camera dei Conti*”²¹⁸.

I fautori della tesi c.d. “sanzionatoria” prendono, principalmente, le mosse da alcuni elementi di assoluta singolarità propri della responsabilità amministrativa. Vengono valorizzati, in particolare, l'officiosità del potere di azione spettante al Procuratore Generale della Corte dei Conti; la sussistenza di un potere riduttivo; la personalità dell'obbligazione risarcitoria e la conseguente parzialità della stessa (in deroga,

²¹⁸ Passaggio richiamato nella nota sentenza Cass. SS.UU. n. 123 del 2001.

pertanto, al normale principio di solidarietà previsto dal codice civile); l'intrasmissibilità dell'obbligazione risarcitoria in capo agli eredi; l'estensione della responsabilità in capo a colui che abbia omissso la denuncia del fatto ecc..

Tale orientamento ha trovato ampio riscontro, oltre che in autorevole dottrina²¹⁹, anche in parte della recente giurisprudenza contabile che, a più riprese, ha fatto riferimento ad una responsabilità amministrativa connotata da caratteri afflittivo-sanzionatori in aggiunta alla tradizionale natura patrimoniale²²⁰.

La dottrina ad oggi maggioritaria, con alcune varianti, si è espressa invece per la natura eminentemente risarcitoria della responsabilità amministrativa.

Secondo alcuni autori, essa integrerebbe una vera e propria forma di responsabilità di tipo contrattuale, che conseguirebbe dalle violazioni degli obblighi che connotano il rapporto di servizio. In tal senso, si ritiene che la responsabilità amministrativa rappresenti una specie della responsabilità del lavoratore subordinato ex 2104 c.c. e dell'amministratore nei confronti della società ex art. 2392 c.c.²²¹.

Altri autori, prendendo spunto anche dalle recenti novelle degli anni '90 – che hanno introdotto la figura del c.d. “danno obliquo”, nonché il termine quinquennale di prescrizione – propendono, invece, per la tesi c.d. “extracontrattuale” secondo cui

²¹⁹ Si segnalano TANGO V., *Della responsabilità degli ordini costituzionali ed in ispecie di quella degli ufficiali pubblici verso lo Stato e le Amministrazioni per colpa e danno*, Roma, 1899, pagg. 322 e ss.; STADERINI F., *Responsabilità amministrativa e contabile*, voce *Digesto*, Leggi D'Italia, 1997.; MADDALENA P., *Per una nuova configurazione della responsabilità amministrativa*, Il Consiglio di Stato, giugno-luglio 1976, pagg. 831 ss.; MADDALENA P., *Responsabilità civile e amministrativa: diversità e punti di convergenza dopo le leggi n.n. 19 e 20 del 14 gennaio 1994*, in Il Consiglio di Stato, 1994,2; PILATO S., *La responsabilità amministrativa. Profili sostanziali e processuali nelle leggi 19/94, 20/94 e 639/96*, CEDAM, 1999; CERULLI IRELLI V., *La posizione costituzionale della Corte dei Conti tra funzioni di controllo e giurisdizione*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI convegno di studi di scienza dell'Amministrazione, Milano, 2006, pagg. 436 e ss., SCHLITZER E. F. a cura di, *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Giuffrè, 2002, pag. 10..

²²⁰ Corte dei Conti, Sez. II, n. 286 del 2003, in senso conforme Corte dei Conti, Sez. I, n. 105 del 2003, Corte dei Conti Sez. III, n. 10 del 2002.

²²¹ In tal senso autorevolmente CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2004, pagg. 331 e ss..

l'obbligo del risarcimento conseguirebbe dalla violazione del precetto del *neminem laedere*²²².

Altri ancora distinguono tra responsabilità contabile in senso stretto, ritenuta di tipo contrattuale; e responsabilità amministrativa in generale, di tipo aquiliano.

Si segnala, inoltre, un suggestivo quanto isolato orientamento secondo cui, ai fini dell'individuazione della natura della responsabilità, sia necessario distinguere se in conseguenza della condotta illecita vi sia stato un ingiustificato arricchimento oppure no. Nel primo caso, stante la trasmissibilità di tale responsabilità agli eredi (nei limiti dell'arricchimento), ci si troverebbe di fronte ad una responsabilità di tipo comune; diversamente, quest'ultima avrebbe una natura eminentemente sanzionatoria²²³.

Denominatore comune delle posizioni testé evidenziate è da individuarsi, condivisibilmente, nel fatto che l'intero sistema della responsabilità amministrativa sia incentrato senza dubbio sull'elemento del danno cagionato²²⁴, la cui entità rappresenta il primo parametro di quantificazione. Sul punto, non pare decisiva l'obiezione di coloro che, nel ritenere tale responsabilità di tipo sanzionatorio, riconoscono all'elemento del danno un mero limite della sanzione da applicare²²⁵.

Altro argomento, probabilmente decisivo, è rappresentato dal fatto che gli illeciti da cui deriva la responsabilità amministrativa non conoscano alcuna tipizzazione (ad eccezione

²²² In tal senso TENORE V., *La nuova Corte dei Conti. Responsabilità, pensioni, controlli*, Giuffrè, 2008, pagg. 21 e ss.. In giurisprudenza si segnala Cass. n. 19667 del 2003.

²²³ MERUSI F., *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI convegno di studi di scienza dell'Amministrazione, Milano, 2006, pagg. 108 ess..

²²⁴ Spunto positivo in tal senso viene individuato nell'art. 18 del testo Unico degli impiegati civili dello Stato in tema di risarcimento del danno c.d. indiretto in conseguenza del risarcimento corrisposto dall'Amministrazione ad un soggetto terzo leso dal comportamento del dipendente. Viene evidenziato, in particolare, che se il quantum richiesto dall'Amministrazione al proprio dipendente ha ad oggetto il medesimo danno risarcito al terzo, sarebbe illogico ritenere che la natura della responsabilità mutasse in ragione della scelta da parte del danneggiato di agire nei confronti del danneggiante o dell'Amministrazione in cui quest'ultimo opera. Casetta E., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2011.

²²⁵ In tal senso STADERINI F., *op. ult. cit.*, pag. 8, il quale, peraltro, accoglie in senso critico la recente apertura della giurisprudenza contabile ad ipotesi di risarcibilità di danni derivanti dalla lesione di interessi collettivi stante la loro difficile quantificazione, ravvisando sul punto potenziali profili di illegittimità costituzionale.

delle ipotesi c.d. “speciali”) ma, analogamente all’illecito aquiliano, siano a forma “libera” e causalmente orientati all’evento danno²²⁶.

Quanto agli elementi valorizzati dai sostenitori della tesi sanzionatoria (parzialità, intrasmissibilità, potere riduttivo, esclusione della colpa lieve ecc.) si ritiene che gli stessi non siano decisivi al fine di una diversa configurazione di tale tipo di responsabilità.

In particolare, sulla rilevanza o meno del principio di intrasmissibilità, pare opportuno segnalare la sentenza della Corte Costituzionale n. 383 del 1992 con la quale si è affermato che *“la legge n. 142 del 1990 non ha modificato la natura della responsabilità amministrativa, che è e rimane una figura della responsabilità per danni da fatto illecito, ma ha inteso soltanto introdurre una 'speciale deroga al principio della successione degli eredi nei debiti del defunto”*.

La tendenziale personalizzazione del danno, in applicazione delle regole “speciali” suddette, non avrebbe impresso alla responsabilità amministrativa un nuovo carattere, configurandola come responsabilità sanzionatoria-pubblicistica – vicina alla responsabilità penale - ma troverebbe evidente ragion d’essere nel fatto che, stante la complessità dell’attività amministrativa, vi è necessità che lo Stato si renda, in qualche modo, compartecipe del rischio “d’impresa” assunto dal soggetto ad esso legato dal rapporto di servizio, al fine anche di prevenire un ragionevole “lassismo” difensivo che comporterebbe un rischioso immobilismo della “macchina amministrativa”²²⁷.

Ulteriore orientamento, avallato anche da alcune recenti pronunce della Corte Costituzionale, incasella la responsabilità amministrativa in una sorta di “*tertium genus*” di illecito speciale. Sul punto una importante pronuncia della giurisprudenza di

²²⁶ In ragione di tale atipicità dell’illecito, MERUSI F., *op. ult. cit.*, pagg. 120 e ss., ritiene che con riferimento alle ipotesi di responsabilità da cui non derivi un ingiustificato arricchimento dell’autore (ipotesi, come già visto, aventi natura prettamente sanzionatoria), si profilerebbero criticità rispetto ai principi costituzionali stante l’eccessiva genericità dei precetti posti a fondamento della responsabilità amministrativa in ordine ai presupposti ed ai criteri di quantificazione della sanzione.

²²⁷ Tale ultimo aspetto è stato ampiamente valorizzato dai c.d. sostenitori della tesi della “deterrenza” secondo cui i correttivi introdotti dal legislatori in merito alla quantificazione dei danni da imputare al pubblico dipendente troverebbero la loro ratio nel favorire il buon andamento della Pubblica Amministrazione. Sul punto PERICU G., *Funzione di deterrenza e funzione di garanzia della responsabilità amministrativa nell’esperienza dei pubblici amministratori*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI convegno di studi di scienza dell’Amministrazione, Milano, 2006, pagg. 125 e ss..

legittimità²²⁸, nel richiamare le sentenze della Corte Costituzionale n. 371 e 543 del 1998, evidenzia come “*le novelle del 1994 e del 1996, insieme con riforme più generali maturate nell'ordinamento giuridico italiano, hanno avuto il merito di delineare una forma di responsabilità sui generis affidata alla giurisdizione della Corte dei Conti, in nessun modo ritagliabile a perfezione sull'uno o sull'altro modello teorico astratto, ma quasi corpo di un tertium genus, connotato da fondamenti ed elementi di oggettiva peculiarità*”.

Ci si troverebbe di fronte, in sostanza, ad un modello nuovo ed autonomo di responsabilità non perfettamente riconducibile ai due modelli noti (risarcitorio-sanzionatorio) la cui funzione dovrebbe rinvenirsi nell'esigenza di prevenire ulteriori condotte illecite²²⁹.

4. RESPONSABILITÀ CONTABILE ED ALTRE IPOTESI SPECIALI DI RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA.

Ragioni sistematiche impongono alcuni cenni anche in ordine alla responsabilità c.d. “contabile” e alle altre forme per così dire speciali di responsabilità amministrativa, visto e considerato che la tematica, come vedremo, intercetta sotto alcuni profili il fenomeno della partecipate pubbliche.

Quanto alla responsabilità c.d. contabile “in senso stretto” essa rappresenta, sotto il profilo storico, la prima forma di responsabilità amministrativa²³⁰.

²²⁸ Cass. SS.UU. n. 123 del 2001.

²²⁹ In tal senso in dottrina SCOCA F.G., *Diritto Amministrativo*, Giappichelli, 2015, pagg. 750 e ss..

²³⁰ Pressoché sterminata la dottrina sul tema, si segnalano ex multis: SCHIAVELLO L., *Responsabilità contabile*, in Enc. Dir., XXXIV, pag. 12361; STADERINI F., *La giurisdizione contabile oggi*, in Rivista della Corte dei Conti, 1997; RODRIQUEZ S., *Responsabilità amministrativa e contabile (I agg.)*, in Digesto Pubblico, Leggi D'italia, 2008; ORICCHIO M., *La Giustizia Contabile*, Napoli, 2001; GARRI F., *I giudizi innanzi alla Corte dei Conti. Responsabilità, conti, pensioni*, Giuffrè, 2000; SCIASCIA M., *Manuale di diritto processuale contabile*, Giuffrè, 2012; ZAMBARDI S., BRANDOLINI E., *La contabilità pubblica*; CEDAM, 2010; CIMINI S., *La responsabilità amministrativa e contabile. Introduzione al tema ad un decennio dalla riforma*, Giuffrè 2003; DE PAOLI M., *La responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici. Responsabilità amministrativa-contabile, disciplinare, dirigenziale, civile e penale*, IPSOA 2013; MIRABELLA M., *La responsabilità nella pubblica amministrazione e la giurisdizione contabile*, Giuffrè, 2003; AVALLO P. e TARULLO S., *Il giudizio di responsabilità amministrativo-contabile innanzi alla Corte dei Conti*, CEDAM, 2002; AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*. Atti del 51° Convegno di studi di scienza

Essa si caratterizza per essere una speciale ipotesi di responsabilità di carattere patrimoniale, cui possono incorrere solo alcuni soggetti legati alla P.A., nella fattispecie i c.d. “agenti contabili”, che, per ragioni di fatto e di diritto, abbiano il maneggio e la diretta disponibilità di beni, denaro e valore dello Stato.

Norma di riferimento sul tema è contenuta nell’art. 44 del T.U. delle leggi sull’ordinamento della Corte dei conti (Capo V – Sez. I) secondo cui “*la Corte giudica, con giurisdizione contenziosa, sui conti dei tesorieri, dei ricevitori, dei cassieri e degli agenti incaricati di riscuotere, di pagare, di conservare e di maneggiare danaro pubblico o di tenere in custodia valori e materie di proprietà dello Stato, e di coloro che si ingeriscono anche senza legale autorizzazione negli incarichi attribuiti ai detti agenti*”.

Quanto alla natura di tale tipologia di responsabilità, essa, tradizionalmente, è stata ritenuta quale forma di responsabilità civile di tipo contrattuale, focalizzata sugli obblighi propri del custode. Più recentemente, condivisibile dottrina ha posto l’accento sul fatto che l’obbligo di custodia non rilevarebbe in sé, ma sarebbe strumentalmente orientato all’obbligo di restituzione dei beni oggetto di disponibilità²³¹.

Quanto ai profili differenziali, rispetto all’ordinaria responsabilità amministrativa analizzata nel precedente paragrafo, è possibile evidenziare *in primis* la natura più ristretta dei soggetti attivi.

Gli elementi costitutivi dell’illecito contabile (condotta, nesso di causalità, sussistenza dell’elemento soggettivo ecc.) sono omologhi a quelli propri della responsabilità amministrativa.

Come evidenziato da recente quanto autorevole giurisprudenza sussisterebbe, nei fatti, una “*identità degli elementi costitutivi per la responsabilità amministrativa e per quella contabile, restando diverse, solo per quest’ultima le obbligazioni fatte valere in causa: la pretesa azionata, in questo caso, attiene all’inadempimento di obblighi di custodia e di restituzione di beni e valori pubblici, non all’inadempimento dell’obbligo del neminem laedere o dell’obbligo di non arrecare danno ingiusto all’amministrazione. Ciò che diversifica i due tipi di responsabilità sono quindi gli “obblighi di servizio” che,*

dell’amministrazione, Giuffrè, 2006; TIGANO F., *Corte dei Conti e attività amministrativa*, Giappichelli, 2008; TORCHIA L., *La responsabilità*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE S., Giuffrè 2003.

²³¹ RODRIQUEZ S., *Un chiarimento sugli elementi costitutivi della responsabilità contabile*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2008 pagg. 2585 e ss.

nel caso della responsabilità "contabile" sono puntualizzati in specifici doveri di vigilanza ed obbligazioni di restituzione".

In tema di elemento soggettivo, si è ipotizzato da più parti la sussistenza di una forma di presunzione di colpa, o comunque di inversione dell'onere probatorio, stante anche il tenore della norma contenuta all'art. 194 del r.d. n. 194 del 1923 secondo cui *"le mancanze, deteriorazioni, o diminuzioni di denaro o di cose mobili avvenute per causa di furto, di forza maggiore, o di naturale deperimento, non sono ammesse a discarico degli agenti contabili, se essi non esibiscono le giustificazioni stabilite nei regolamenti dei rispettivi servizi, e non comprovano che ad essi non sia imputabile il danno, né per negligenza né per indugio frapposto nel richiedere i provvedimenti necessari per la conservazione del danaro o delle cose avute in consegna"*²³².

Sul punto, la giurisprudenza contabile si è espressa nel senso che debba essere esclusa l'esistenza di una qualche forma di inversione dell'onere probatorio o di presunzione di colpa²³³, sussistendo in capo al *"procuratore generale l'onere di provare i fatti*

²³² Per l'esistenza di una presunzione di colpa grave si veda TENORE V., *la nuova Corte dei Conti*, Giuffrè, 2008, pag. 19; di una colpa *"in re ipsa"* e di una responsabilità per inadempimento modellata su quella ex art. 1218 c.c. parla TORCHIA L., *ult. op. cit.*, pag. 1701.

²³³ Corte dei Conti, n. 379 del 2004 di cui si riporta il seguente interessante passaggio: *Con riferimento a tale peculiare posizione giuridica, la individuazione della condotta inadempiente gravemente colposa deve pertanto ritenersi raggiunta ogniquale volta si dimostri e resti accertata la violazione dell'obbligo di restituzione senza che sussista alcuna ragionevole giustificazione o circostanza impeditivi.*

Il grado o l'intensità della colpevolezza, in altri termini, va commisurato alla specificità dell'obbligazione, che incombe sul consegnatario. Analogamente è stato osservato, richiamandosi Cass. Civ. sez. III n.9602 del 10 settembre 1999 in ordine ad una fattispecie (concorso di totocalcio) legittimamente contenente una clausola limitativa della responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, che tale limitazione di responsabilità ben può coordinarsi con la disposizione di cui all'art. 1218 c.c. (che, in caso di inadempimento addossa al debitore l'onere di fornire eventuale prova contraria). Ciò comporta che, anche quando sia richiesto il dolo o la colpa grave, il debitore resta liberato dalla pretesa attrice se prova che il fatto inadempimento è derivato da causa a lui non imputabile o che nel suo comportamento sono ravvisabili solo elementi di colpa lieve.

Ciò peraltro non significa che si affermi una sorta di "presunzione di colpa" nei confronti del contabile, ma soltanto la circostanza che quando l'attore abbia dato dimostrazione circa l'inadempimento "inescusato" della restituzione dei beni in carico e sia mancata qualsiasi prova contraria di fatti impeditivi- l'omesso esercizio degli obblighi incumbenti sul contabile, secondo le regole di legge e gli adempimenti di servizio, risulta per ciò stesso portato in evidenza da dati oggettivi e fattuali.

Ne deriva ancora che l'elemento soggettivo della responsabilità contabile, non può identificarsi in una mera situazione psicologica individuale (intesa come stato d'animo soggettivo, riposante sul foro interno

costitutivi della pretesa dedotta in giudizio e cioè l'esistenza del rapporto dal quale deriva originariamente sul convenuto l'obbligo di restituzione ed il fatto della non corrispondenza della prestazione concretamente effettuata rispetto a quella cui il convenuto medesimo era obbligato". Conseguentemente, la prova del caso fortuito o della forza maggiore non si porrebbe come prova liberatoria in senso stretto, "cioè relativa ad una pretesa inversione dell'onere probatorio, bensì come prova di eventuali fatti impeditivi, che si oppongono alla pretesa dell'amministrazione"²³⁴.

Ulteriore questione dibattuta concerneva l'applicabilità, anche alla responsabilità contabile, del limite della colpa grave, introdotto in via generalizzata dalla nota novella del 1996.

Sul punto, infatti, l'orientamento tradizionale riteneva che in tale ambito valesse una nozione di colpa in senso stretto e che, pertanto, si rispondesse anche per colpa lieve. Non sono mancate, poi, pronunce che ravvisavano in tale fattispecie una vera e propria forma di responsabilità oggettiva²³⁵.

del debitore o su semplice e generica buona fede), ma assume i caratteri propri risalenti alla cd. concezione normativa della colpa, cioè a circostanze concrete che hanno caratterizzato e contrassegnato la condotta, che si rapportano agli specifici doveri di servizio incombenti sull'agente e che rendono il comportamento del debitore inadempiente ingiustamente illecito e inescusabile.

In tal modo può ritenersi che, con riferimento all'elemento soggettivo, la responsabilità contabile, al pari di quella amministrativa, senz'altro tiene conto dell'eventuale "sforzo di diligenza" impiegato dall'agente contabile nell'assolvimento della sua obbligazione (senza doversi ricorrere alla classificazione teorica fra obbligazioni di mezzo o di risultato). Contrario a diritto invece sarebbe il ritenere che il PM attore sia tenuto a provare "l'assenza di sforzo di diligenza" nel comportamento del debitore.

Pertanto la responsabilità contabile, in aderenza alla sentenza n.351/1998 della Corte costituzionale, non si modella su un paradigma diverso rispetto alla responsabilità amministrativa e tuttavia, non può non tener conto della specificità delle obbligazioni che incombono su coloro che hanno maneggio di beni e valori di pubblica pertinenza e ritrova, ogniquale volta sussista e sia dimostrata inescusata, mancata restituzione dei beni (o per i casi di dolo, intenzionale inadempimento dell'obbligo restitutorio), l'elemento della grave colpevolezza, che affranca l'addebito rivolto al contabile da superate connotazioni di responsabilità formale (C.cost. sent. n.72 del 1983; C. Conti, sez. riun.n.251 del 1 ottobre 1980)".

²³⁴ Corte dei Conti, Sez. I, n. 186 del 1989.

²³⁵ In tal senso Corte dei Conti Lombardia, Sez. Giurisd., n. 244 del 2007 secondo cui, a differenza dell'ipotesi di responsabilità amministrativa relativamente alla quale l'elemento soggettivo rilevante è rappresentato dal dolo o dalla colpa grave, "l'agente contabile nel giudizio di conto è soggetto ad una forma di responsabilità oggettiva fugabile soltanto con la dimostrazione della non imputabilità dell'atto, ad esempio per il verificarsi del caso fortuito e della forza maggiore".

Ad oggi, anche a seguito della nota pronuncia della Corte Costituzionale n. 371 del 1998 che ha ricondotto la responsabilità contabile nell'ambito di quella amministrativa, l'orientamento assolutamente maggioritario propende per l'esenzione di responsabilità in assenza di colpa grave²³⁶.

In ordine alla qualifica di agente contabile tradizionalmente si distinguono tre categorie: agenti della riscossione o esattori, aventi il compito di riscuotere le entrate e di procedere al loro versamento; agenti pagatori o tesoreri, incaricati della custodia del denaro e dell'emissione dei pagamenti; agenti consegnatari, incaricati della conservazione di beni appartenenti alla P.A.²³⁷.

Quanto alla procedura di conto, essa è scandita dagli artt. 44 e seguenti del T.U. delle leggi sull'ordinamento della Corte dei conti. Si tratta di un procedimento di carattere necessitato che si articola in una prima fase di carattere amministrativa, introdotta dalla presentazione del conto da parte dell'agente contabile. Tale fatto, ai sensi dell'art. 45 del T.U. citato, "*costituisce l'agente dell'amministrazione in giudizio*". Nel caso in cui tale fase preliminare non si concluda con il necessario decreto di discarico emesso dal presidente, previo giudizio in senso favorevole del procuratore, si apre d'ufficio la c.d. fase contenziosa di natura giudiziale.

Tornando alla figura dell'agente contabile, preme evidenziare come, per giurisprudenza consolidata, essa possa essere ulteriormente differenziata tra soggetti che ricoprono tale ruolo di diritto ed quanti in via di fatto. A tale seconda categoria appartengono coloro che si ingeriscono nel "*maneggio dei valori dello Stato senza legale autorizzazione, ovvero senza essere normativamente incaricati dallo svolgimento di simile attività*" e che, in conseguenza di ciò, sono tenuti al rispetto dei medesimi adempimenti propri degli agenti c.d. di diritto²³⁸.

Distinzione siffatta ha portato la giurisprudenza contabile ad avallare un'interpretazione assolutamente estensiva di tale figura, individuando quest'ultima anche con riferimento a soggetti estranei alla P.A., non necessariamente persone

²³⁶ In tal senso: Corte dei Conti, Sez. I, n. 646 del 2009; Corte dei Conti Sez. Toscana, n. 31 del 2009; Corte dei Conti Sicilia, Sez. Giurisd., n. 3146 del 2006; Corte dei Conti, Sez. I, n. 220 del 2009; Corte dei Conti Sicilia n. 137 del 2008.

²³⁷ RODRIQUEZ S., *Responsabilità amministrativa e contabile (I agg.)*, op. cit., pag. 9.

²³⁸ RODRIQUEZ S., *Responsabilità amministrativa e contabile (I agg.)*, op. cit., pag. 9.

fisiche²³⁹. Non mancano, infatti, interessanti pronunce (riferibili anche a società a partecipazione pubblica) che hanno configurato il ruolo dell'agente contabile in capo alle stesse persone giuridiche²⁴⁰.

Brevi cenni devono essere necessariamente riservati, altresì, alle non infrequenti ipotesi di responsabilità amministrativa di carattere speciale individuate dal legislatore nel corso degli ultimi decenni e che per certi aspetti possono vedere il coinvolgimento delle società a partecipazione pubblica e dei loro amministratori. Tra tali ipotesi si è ritenuto opportuno ricomprendere anche quelle norme che prevedono, di fatto, meri obblighi comunicativi, ma che in ragione del tipo di destinatario (Procura Regionale della Corte dei Conti) abbiano, come pare evidente, quale *ratio* sottesa agli stessi, quella di favorire l'emersione di fatti potenzialmente "generatori" di responsabilità erariale.

Per quanto concerne le figure di responsabilità derivanti in via potenziale dall'adempimento di obblighi comunicativi, debbono citarsi, ad esempio, l'art. 2 comma 8 del l. 241 del 1990 e l'art. 42 bis del d.p.r. n. 327 del 2001²⁴¹ (T.U. sull'espropriazione).

Il primo concerne l'obbligo di comunicare alla Corte dei Conti le sentenze passate in giudicato, in accoglimento dei ricorsi avverso il silenzio inadempimento. Tale adempimento è stato reso obbligatorio per l'evidente ragione che provvedimenti siffatti

²³⁹ In tale senso si segnalano ex multis: Corte dei Conti n. 109 del 2006 e n. 75 del 2005 con riferimento ad un soggetto che ricopriva l'incarico di un centro di formazione professionale che aveva distratto fondi di provenienza pubblica; Corte dei Conti del Trentino Alto Adige n. 473 del 2010 in tema di soggetto privato concessionario della tesoreria di enti pubblici; Corte dei Conti Veneto, Sez. Giur. Del 16 giugno 2010 in tema di concessionari delle ricevitorie del lotto; Corte dei Conti, Sez. II App., n. 472 del 2010 relativamente ad un consulente finanziario di un consorzio.

²⁴⁰ Si segnalano in particolare Corte dei Conti Abruzzo, Sez. Giur. n. 91 del 2011 che ha individuato quale agente contabile la società privata incaricata della gestione dei parcheggi pubblici a pagamento (funzione spesso espletata da società di tipo partecipato come ad esempio, con riferimento al comune di Verona, AMT S.p.a.) o ancora Cons. di Stato n. 2456 del 2010 relativo ad ipotesi di S.p.a. costituite da Enti Locali per la gestione dei servizi pubblici. Sempre con riferimento alla possibilità di imputare una forma di responsabilità contabile in capo ad una persona giuridica si segnala, altresì, Cass. SS.UU. n. 123 del 2001 la quale, nel ritenere non pertinente l'eccezione formulata in ordine all'asserita impossibilità di poter configurare una responsabilità di tipo contabile in capo a soggetto che non fosse persona fisica stante la natura prettamente personale di tale tipologia di responsabilità, ha confermato la natura di agente contabile in capo a Unicredito Italiano S.p.a., in quanto soggetto incaricato per convenzione del servizio di tesoreria-cassa dell'INAIL di Legnago.

²⁴¹ Introdotto dal d.l. n. 98 del 2011.

sottendono, di norma, violazioni rilevanti sotto il profilo della responsabilità erariale. Quanto all'applicabilità di tali norme anche alle società a partecipazione pubblica, essa deriva espressamente dal tenore dell'art. 29 della l. 241 del 1990 secondo cui *“le disposizioni della presente legge si applicano alle amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali. Le disposizioni della presente legge si applicano, altresì, alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative”*.

Il secondo concerne, invece, l'obbligo di comunicare alla Corte dei Conti²⁴², entro trenta giorni dall'adozione, i provvedimenti di acquisizione sanante. Anche in questo caso, viste le problematiche connesse a tale tipo di provvedimento (anche alla luce delle note decisioni CEDU sul punto), trattasi di una vera e propria obbligatoria di “discovery” di atti che rappresentano potenziali sintomi di una forma patologica dell'agire amministrativo con conseguenti riflessi di carattere erariale. Con riferimento alle società a partecipazione pubblica, è da evidenziare come tale norma possa trovare sicura applicazione nei confronti di ANAS S.p.a., in qualità di ente espropriante.

Una forma “propria” di responsabilità amministrativa speciale è individuata dall'art. 26 comma 3 della l. n. 488 del 1999 – e successive modificazioni – in virtù del quale è prevista una sanzione *ad hoc* nel caso di stipulazioni di contratti in violazione dell'obbligo di aderire alle Convenzioni CONSIP.

Tale violazione è qualificata espressamente quale causa di responsabilità amministrativa cui consegue un danno erariale, individuabile nel suo *quantum* nel differenziale di spesa tra il prezzo previsto nella convenzione e quello contrattualmente accordato.

L'obbligo in questione riguarda la totalità delle società a partecipazione pubblica inserite nel Conto ISTAT²⁴³. Con la legge di stabilità per l'anno 2016 il c.d. obbligo di “*benchmarking*” è stato esteso, in via generalizzata, alle partecipate da Stato ed Enti Locali che siano organismi di diritto pubblico, ad eccezione di quelle che emettono strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati²⁴⁴.

²⁴² O più correttamente alla Procura Regionale della Corte dei Conti, stando almeno alle indicazioni della prima giurisprudenza sul punto (TAR Liguria, Sez. I del 23 novembre 2011).

²⁴³ Nell'elenco pubblicato in Gazzetta Ufficiale del 30 settembre 2015 risultavano 58 società a partecipazione pubblica (49 s.p.a. e 9 S.r.l.). L'elenco completo è reperibile al link <http://www.istat.it/it/files/2011/01/LiistaAAPP-30settembre2015-GU227.pdf>.

²⁴⁴ In particolare il comma 498 dell'art. 1 legge 208 del 2015 prevede che *“le società controllate dallo Stato e dagli enti locali che siano organismi di diritto pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 26, del*

Ulteriore forma speciale di responsabilità amministrativa, di interesse in questa sede, è rappresentata dall'art. 3 comma 44 della finanziaria per il 2008, con cui viene sanzionato il mancato rispetto del limite massimo al trattamento economico onnicomprensivo a carico delle pubbliche finanze (il cui limite è fissato nel compenso previsto per il primo presidente della Corte di Cassazione). Il comma in questione, in particolare, prevede che *“l'amministratore che abbia disposto il pagamento e il destinatario del medesimo sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare eccedente la cifra consentita”*. Essa trova espressa applicazione anche con riferimento alle *“società non quotate a totale o prevalente partecipazione pubblica nonché le loro controllate”*.

codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ad eccezione di quelle che emettono strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati, utilizzano i parametri di prezzo-qualità di cui all'articolo 26, comma 3, della legge 23 dicembre 1999, n. 488.” Il richiamo all'art. 3 del comma 26 del d.lgs. 163 del 2006 risulta ad oggi già superato in ragione dell'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti per mezzo del d.lgs. n. 50 del 2016. La definizione di organismo di diritto pubblico è ad oggi contenuta nell'art. 3 comma 1 lettera d del citato decreto. Tale norma rinvia, altresì, all'allegato IV del decreto per l'individuazione in via non esaustiva di tali soggetti. Con riferimento alle società a partecipazione pubblica vengono richiamate espressamente le seguenti: Mostra d'oltremare S.p.A. ; Ente nazionale per l'aviazione civile - ENAC ; Società nazionale per l'assistenza al volo S.p.A. - ENAV ; ANAS S.p.A. ; Consip S.p.A.

CAPITOLO III

RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEGLI AMMINISTRATORI DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA: PROFILI SOSTANZIALI E DI GIURISDIZIONE.

Sommario: 1. Introduzione; 2. In particolare: Cass. SS.UU. n. 19667 del 22 dicembre 2003; 3. In particolare: da Cass. SS.UU. n. 3899 del 2004 a Cass. SS.UU. n. 26806 del 2009; 4. Società a c.d. “statuto singolare” e riparto di giurisdizione in tema di responsabilità degli amministratori: Cass. SS.UU. n. 27092 del 2009 (R.A.I. S.p.a.), Cass. SS.UU. n. 5032 del 2010 (E.N.A.V. S.p.a.), Cass. SS.UU. n. 15594 del 2014 (A.N.A.S. S.p.a.) , Cass. SS.UU. n. 1159 del 2015 (Ferrovie dello Stato S.p.a.), Cass. SS.UU. n. 23306 del 2015 (Alitalia S.p.a.); 5. Il caso delle società c.d. in house: Cass. SS.UU. n. 22683 del 2013; 6. La responsabilità degli amministratori di società pubbliche dopo il d.lgs. n. 175 del 19 agosto 2016 “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”; 7. Il danno all’immagine; 8. Il danno erariale conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti nell’esercizio dei propri diritti di socio; 9. Danno da *mala gestio* nelle società *in house* e sindacabilità delle scelte imprenditoriali.

1. INTRODUZIONE

Il presente capitolo è dedicato ad affrontare, in maniera sistematica, l’evoluzione giurisprudenziale e gli attuali approdi legislativi (allo stato, ancora provvisori) in ordine alle problematiche in tema di riparto di giurisdizione, con riferimento alle responsabilità proprie degli amministratori di società a partecipazione pubblica, nonché la disamina delle ipotesi di c.d. danno diretto (danno all’immagine, danno alla concorrenza ecc.) derivanti dalle loro condotte.

Le problematiche sottese al tema, oggetto di fiorente produzione giurisprudenziale nell’ultimo ventennio da parte della giurisprudenza contabile e di legittimità, sono molteplici.

Un primo aspetto, sicuramente dirimente, concerne la possibilità di configurare un danno di tipo erariale con riferimento alle condotte che cagionino un danno al patrimonio sociale. Tematica connessa, nonché presupposta, a tale aspetto concerne la

possibilità di individuare un “rapporto di servizio” tra amministratori ed Ente pubblico (territoriale e non) partecipante alla società.

Seconda problematica di assoluto rilievo concerne, poi, il problema della compatibilità e del cumulo tra l’azione esercitata dalla Procura erariale e le ordinarie azioni riconosciute dal codice civile a tutela dei vari “*stakeholders*” (c.d. portatori di interesse) delle società a partecipazione pubblica. Tale ultimo profilo, in particolare, impone una attenta disamina degli strumenti di tutela in capo alle minoranze “private” all’interno di tali società, alla luce dell’evidente effetto distorsivo che deriverebbe dal riconoscimento della sussistenza di un danno erariale per attività di un amministratore – che abbia leso con la propria condotta, gravemente colposa, il patrimonio sociale – stante il conseguente “risarcimento” che verrebbe riconosciuto in favore dell’Ente partecipante, in luogo dell’ente societario effettivamente danneggiato. La rilevanza della problematica in questione “soffre”, altresì, delle notevoli peculiarità, già analizzate nel capitolo precedente, della c.d. responsabilità erariale sul punto dell’imputazione soggettiva (rilevanza della sola colpa grave) e della quantificazione (potere riduttivo, intrasmissibilità agli eredi ecc.).

Volendo, sinteticamente, anticipare l’evoluzione giurisprudenziale e normativa, che analizzeremo nel dettaglio nel prosieguo del presente lavoro, è possibile individuare le seguenti fasi storiche.

In un primo momento, la configurabilità di una responsabilità di tipo amministrativo in capo agli enti di natura societaria a respiro pubblico era radicalmente esclusa, in ragione della loro natura formalmente privata e dalla conseguente applicabilità in via esclusiva delle azioni di matrice civilistica.

Con riferimento agli enti pubblici economici – come vedremo, primo importante banco di prova sui cui la giurisprudenza di legittimità ha manifestato le sue prime aperture – era diffusa una tesi per così dire “bicefala”, volta a distinguere, spesso con rilevanti difficoltà sul piano pratico, l’attività per così dire amministrativa (che rientrava nell’alveo del controllo erariale) da quella prettamente economica, riservata al sindacato della giurisdizione ordinaria.

L’esplosione del fenomeno delle società pubbliche – soprattutto a livello locale – a discapito delle altre figure, un tempo utilizzate, quali gli enti pubblici economici e le aziende speciali, ha “amplificato” la sensibilità della giurisprudenza (sia contabile che di legittimità) sul tema, dando credito a quel filone di pensiero “panpubblicista” che,

superando il dato formalmente privatistico dello schema sociale utilizzato, poneva l'accento sulla natura pubblica delle risorse utilizzate.

Spinte in tal senso erano, evidentemente, giustificate dalla desolante circostanza che le azioni ordinarie previste dal codice civile a tutela del patrimonio sociale apparivano del tutto inefficaci, stante l'evidente considerazione che ragioni di opportunità politica, spesso, inibivano tali azioni nei confronti di quegli amministratori che gli stessi rappresentanti degli enti partecipanti avevano provveduto a nominare per "sensibilità" politica, se non clientelare.

Tale filone ha trovato il suo punto di arrivo negli importanti arresti della giurisprudenza di legittimità del 2003 la quale, rivoluzionando l'orientamento precedente e prendendo atto dell'importante novella normativa che ha "riperimetrato" l'ambito della responsabilità amministrativa inserendovi anche il c.d. "danno indiretto", ha riconosciuto la giurisdizione contabile per le ipotesi di responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica.

Il citato orientamento trova credito fino alla controrivoluzione del 2009, che ha rideterminato i confini delle varie forme di responsabilità distinguendo tra danno c.d. "indiretto" all'ente partecipante (concretizzatosi nella lesione del patrimonio sociale) riservata al giudice ordinario e danno c.d. "diretto" di pertinenza della giurisdizione contabile.

Eccezioni al "decalogo" delineato nel *leading case* del 2009 trovano spazio in contemporanee pronunce delle Sezioni Unite, con riferimento a quella particolare, quanto disomogenea, categoria delle società a c.d. statuto "singolare" le quali, per le loro peculiarità derivanti dal contenuto dello Statuto e delle leggi *ad hoc* ad esse dedicate (su tutte RAI S.p.a, ANAS. S.p.a.), vengono ricondotte, al di là della forma societaria dell'organismo, a "quasi Amministrazioni" con conseguente giurisdizione contabile sulle ipotesi di responsabilità dei loro amministratori.

Un ulteriore "assestamento" all'orientamento del 2009 trova spazio in un altro rilevante arresto del novembre 2013, con riferimento al particolare caso delle società c.d. "*in house*" alle quali, in ragione della partecipazione totalitaria e soprattutto del controllo c.d. "analogo" da parte dell'ente partecipante viene negata una propria "soggettività" autonoma rispetto al socio di riferimento, con la conseguente natura diretta del danno perpetrato al patrimonio sociale e giurisdizione contabile.

Tale approccio interpretativo sembrerebbe aver trovato un approdo positivo nella recente bozza di decreto legislativo redatta nel febbraio del 2016, in attuazione della c.d. riforma “Madia” dell’agosto 2015.

In particolare, l’art. 12 del provvedimento in oggetto, come vedremo, sembra aver mutuato in toto le conclusioni formulate da S.S.U.U. 2009, riservando alla giurisdizione ordinaria ogni ipotesi di responsabilità degli amministratori da cui sia derivato un danno diretto al patrimonio sociale ed indiretto all’Ente partecipante che ne detiene le quote.

Vedremo, altresì, sul punto, le criticità evidenziate dal Consiglio di Stato in sede di parere ex art. 16 comma 4 della legge n. 124 del 2015²⁴⁵, dove ha correttamente rilevato come la norma in progetto ancora non chiarisca in maniera esaustiva l’ipotesi di responsabilità degli amministratori nelle c.d. società “*in house*”.

2. IN PARTICOLARE: CASS. SS.UU. N. 19667 DEL 22 DICEMBRE 2003.

Quell’orientamento, che ormai pareva granitico in punto di riparto di giurisdizione con riferimento alle ipotesi di responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica, trova un’importante rivisitazione nella pronuncia delle Sezioni Unite n. 19667 del 2003.

Il precedente in questione affronta in maniera innovativa il profilo di giurisdizione relativo alle condotte perpetrate dagli amministratori di quella particolare figura rappresentata dagli Enti Pubblici Economici.

Pur trattandosi di una decisione per certi aspetti anacronistica, visto e considerato che l’organismo in analisi rappresentava, in quel periodo storico, un modello ormai recessivo rispetto a quello societario, già largamente utilizzato soprattutto a livello locale nell’ambito dei servizi pubblici, la sentenza in questione pone, come vedremo ampiamente nel prosieguo, le basi argomentative che hanno sorretto fino al 2009 l’orientamento volto a riconoscere la giurisdizione contabile nelle ipotesi suddette.

Prima di esaminare nel dettaglio i passaggi motivazionali della Corte di legittimità, pare opportuno, preliminarmente, soffermarsi sul concetto di Ente Pubblico Economico.

²⁴⁵ Parere emanato dal Consiglio di Stato del 21 aprile 2016 a seguito dell’Adunanza della Commissione speciale del 16 marzo 2016 in ragione della relazione n. 117/16/UL/P con la quale il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione ha chiesto l’intervento del Consiglio di Stato sull’affare consultivo n. 00438/2016 avente ad oggetto il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, in attuazione dell’art. 2 della legge 7 agosto 2015 n. 124, recante “*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*”.

Esso può definirsi come un ente pubblico, dotato di propria personalità giuridica, proprio patrimonio e proprio personale dipendente, il cui “*core business*”, sebbene “permeato” di finalità pubblica, è principalmente orientato all’esercizio di una attività imprenditoriale²⁴⁶ attraverso moduli operativi offerti dalla disciplina privatistica.

La nascita di un modello siffatto, da collocarsi sotto il profilo cronologico agli inizi del secolo scorso²⁴⁷, era diretta conseguenza della logica interventista dello Stato nell’economica (in particolare nell’erogazione di quei servizi pubblici la cui domanda era in costante crescita), che sentiva la necessità di dotarsi di strumenti operativi più flessibili e maggiormente conformi alle esigenze imprenditoriali, in qualche modo, sganciate dalle “ritualità” burocratiche proprie della Pubblica Amministrazione.

In ragione dell’assimilabilità di tale tipologia di ente a figure imprenditoriali di stampo privatistico, la più risalente giurisprudenza di legittimità ne escludeva la natura pubblica rilevando come “*gli enti pubblici economici, pur perseguendo finalità di carattere pubblico, normalmente svolgono la loro attività nelle forme del diritto privato (artt. 2093 e 2201 c.c.) e in tale svolgimento sono soggetti alla disciplina dell'imprenditore privato*” ed aggiungendo, altresì, come “*alla natura, agli scopi ed al modo di operare degli enti pubblici economici mal si addice il rigore del controllo della contabilità pubblica in senso stretto, ed osservarono che detti enti sono sottratti al controllo della Corte dei conti a norma dell'art. 1 legge 20.3.1975 n. 70*”²⁴⁸.

²⁴⁶ Diffusamente sul tema OTTAVIANO V., *Ente Pubblico Economico*, Voce Digesto Pubblico, Banca dati Leggi D'Italia, 1991.

²⁴⁷ Uno dei primi rilevanti esempi è sicuramente rappresentato dall’Istituto Nazionale Assicurazioni (INA), venuto alla luce a seguito dell’entrata in vigore della l. n. 40 del 1912. Nel corso dei lavori parlamentari Francesco Nitti, Ministro dell’Agricoltura, Industria e Commercio del governo Giolitti, definì tale Ente come “*una vera e propria impresa con carattere mercantile*”, avente, però la peculiarità di essere nella titolarità dello Stato (sul punto MELIS G., *Due modelli di amministrazione fra liberismo e fascismo, burocrazie tradizionali e nuovi apparati*, Roma 1988, reperibile al link http://www.archivi.beniculturali.it/dga/uploads/documents/Saggi/Saggi_10.pdf); Tra i numerosi Enti Pubblici Economici nati a cavallo tra le due guerre si segnalano: Consorzio per sovvenzioni sui valori industriali (1914); Opera Nazionale Combattenti (1919); Consorzio di Credito per le Opere Pubbliche (1919); L’istituto di Credito per le imprese di pubblica utilità (1924); l’Istituto di Credito Navale (1928); Banca Nazionale del Lavoro (1929); l’Istituto Mobiliare Italiano (IMI) e Istituto per la Ricostruzione Industriale (IRI) (nati in risposta alla forte crisi economica del 1929); Azienda Carboni Italiani (ACal, 1935); Azienda Minerali Metallici Italiani (AMMI, 1936); Azienda Ligniti (ALI, 1941). Sul tema OTTAVIANO V., *ult.op. cit.*, pagg. 2 e ss..

²⁴⁸ Cass. n. 363 del 1969.

Tali argomentazioni vennero ripresi nel noto arresto Cass. n. 1282 del 1982, la quale cristallizzò le coordinate in tema di riparto di giurisdizione (rimaste invariate per oltre un ventennio) con riferimento alle condotte dei dipendenti e degli amministratori degli Enti Pubblici Economici.

La pronuncia suddetta, in particolare, esaltò la natura per così dire bicefala di tali organismi, statuendo come una eventuale giurisdizione del Giudice Contabile potesse riguardare i soli fatti dannosi perpetrati in conseguenza di attività propriamente amministrativa di tipo organizzativo o comunque autoritativo, residuando in capo al Giudice Ordinario la totalità dei comportamenti riconducibili all'esercizio dell'attività imprenditoriale.

La *ratio* di fondo di tale impostazione, richiamata anche negli arresti successivi²⁴⁹, si fonda sul postulato secondo cui i conferimenti di natura economica effettuati dallo Stato a tali enti, sebbene finalizzati all'esercizio di un'attività di tipo economico di rilevanza pubblica, non determinerebbero in alcun modo l'insorgere di un rapporto di tipo contabile tra erogante e beneficiario, fatta salva l'ipotesi in cui in capo a quest'ultimo sia stato trasferito anche l'esercizio di funzioni di matrice pubblica²⁵⁰.

Illuminante, in tal senso, è quanto affermato dal giudice di legittimità con pronuncia n. 11560 del 1992, secondo cui *“il connotato della "imprenditorialità" che contrassegna (la) gestione (degli enti pubblici economici), modellata secondo uno stampo organizzativo privatistico ed alimentata da risorse patrimoniali e reddituali disponibili secondo il regime civilistico della proprietà privata, non risulta affatto vanificato dalla previsione dell'intervento dell'erario per il ripianamento di deficit di bilancio: ripianamento operante "a posteriori" ed in linea di principio giustificato dagli oneri derivanti dalla imposizione di tariffe non remunerative o dal rispetto di obblighi di pubblico servizio”*.

Siffatto orientamento, per quanto consolidato, ha mostrato negli anni evidenti limiti applicativi, stante la comprensibile difficoltà di trovare una linea di demarcazione netta tra i comportamenti propriamente amministrativi e quelli di natura imprenditoriale²⁵¹. Si richiamano, ad esempio, le conclusioni, per certi aspetti discutibili, raggiunte dalla

²⁴⁹ Cass. SS.UU. n. 11560 del 1992;

²⁵⁰ URSI R., *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori di imprese pubbliche*, in *Foro Amm.*, C.D.S., (II), fasc. 3, 2004, pagg. 693 e ss..

²⁵¹ ASTEGIANO G., *Gli illeciti degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici economici: dal giudice ordinario al giudice contabile*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2004 pagg. 10 e ss..

giurisprudenza in ordine all'afferenza all'agire imprenditoriale, con conseguente giurisdizione ordinaria, di condotte illecite quali il pagamento di tangenti, la tenuta di contabilità parallela o il conferimento clientelare di incarichi esterni, a seguito di indebita induzione a rinunciare da parte di professionisti interni all'ente²⁵².

La tendenza interpretativa sopra delineata, come già anticipato, viene radicalmente superata dal citato arresto n. 19667 del 2003.

La pronuncia in oggetto affrontava, a seguito di regolamento preventivo di giurisdizione promosso dai componenti del C.D.A. cui era stata rivolta la pretesa erariale, il caso di un rilevante danno subito dal Consorzio comprensoriale del Chietino per la gestione delle opere acquedottistiche a seguito di una sconsiderata operazione di carattere finanziario, priva di reale giustificazione imprenditoriale, consistita nell'affidare un ingente importo a titolo d'investimento ad una società finanziaria, riferibile ad un soggetto che per questi fatti venne condannato per truffa, che avrebbe dovuto garantire importanti rendimenti. Nella realtà dei fatti tale somma venne canalizzata all'estero andando perduta con conseguente rilevante danno in capo all'Ente.

A fronte delle deduzioni dei ricorrenti, volte a ribadire la giurisdizione ordinaria nel caso di specie alla luce del consolidato orientamento delle Sezioni Unite sul punto – cui aderiva lo stesso Procuratore Generale della Corte – il Procuratore Regionale della Corte dei Conti resisteva ribadendo la sussistenza della giurisdizione contabile in ragione delle seguenti suggestive argomentazioni che avrebbero imposto un deciso cambio di rotta rispetto al precedente orientamento.

Il Procuratore contabile, in particolare, evidenziava *in primis* come una nozione oggettiva di attività amministrativa imponesse di configurare la stessa “*anche quando l'amministrazione persegua le proprie finalità istituzionali mediante un'attività sottoposta in tutto od in parte alla disciplina prevista per i rapporti tra soggetti privati*”²⁵³.

Sul piano positivo, argomentazioni in tal senso sarebbero state evincibili dall'art 7 l. n. 97 del 2001 (norma che impone la comunicazione al Procuratore Regionale della Corte

²⁵² Ci si riferisce in particolare ai noti casi “Egam” (Cass. SS.U. n. 6328 del 1985), “IRI” (Cass. SS.UU. n. 4860 del 1989), “Ligato” (Cass. SS.UU. n. 11560 del 1992) e “Ente Porto Palermo” (Cass. SS.UU. n. 12294 del 1995); più recentemente, in tema di rilevanza “imprenditoriale” della percezione di tangenti si veda Cass. SS.UU. n. 1945 del 2002.

²⁵³ Così richiamando le note conclusioni espresse dal Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria n. 4 del 22 marzo 1999.

dei Conti delle sentenze irrevocabili di condanna emanate nei confronti dei dipendenti pubblici per reati contro la P.A., riferibile, secondo la prospettazione del Giudice Contabile, anche agli Enti Pubblici Economici²⁵⁴) oltre che dalla definizione di “organismo di diritto pubblico” fornita dal legislatore comunitario, il quale circoscriveva gli elementi caratterizzanti di tale figura sulla base di fattori sostanziali che prescindevano dalla forma giuridica adottata²⁵⁵.

La Corte di Cassazione si esprimeva affermando la giurisdizione del Giudice Contabile accogliendo in buona parte le argomentazioni formulate dal Procuratore Regionale.

In particolare, le Sezioni Unite, dopo aver preliminarmente confermato la natura di Ente Pubblico Economico del Consorzio comprensoriale del Chietino per la gestione delle opere acquedottistiche, alla luce delle disposizioni statutarie²⁵⁶, rivedeva il precedente orientamento del 1982 ripercorrendone le argomentazioni²⁵⁷ e formulando le seguenti innovative considerazioni.

In primo luogo, veniva ritenuto condivisibile il motivo formulato dal Procuratore Contabile, in ordine alla evoluzione della nozione di Pubblica Amministrazione. In tal senso, la Corte prendeva atto dell’accelerazione del processo di c.d. privatizzazione motivato del “*fine di assicurare alla P.A. una maggiore efficienza*”, sottolineando, in particolare, due importanti profili evolutivi: da un lato, il sempre più ampio utilizzo di

²⁵⁴ Secondo cui “*La sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nei confronti dei dipendenti indicati nell’articolo 3 per i delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale è comunicata al competente procuratore regionale della Corte dei conti affinché promuova entro trenta giorni l’eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato*”.

²⁵⁵ Nello stesso senso veniva poi richiamata la nota pronuncia della Corte Costituzionale n. 35 del 1992 (in tema di soggezione al controllo della Corte dei Conti di I.R.I., E.N.I., I.N.A. e E.N.E.L.) secondo cui la natura di un ente è pubblica “*nel senso di pubblicità del fine perseguito – ed a prescindere della veste giuridica adottata -, ed è pubblica la natura dei finanziamenti*”.

²⁵⁶ A tal fine richiamando Cass. n. 9879 del 1997 e Cass. n. 1243 del 2000.

²⁵⁷ In particolare Cass. n. 1282 del 1982 poneva l’accento sul fatto che un controllo delle contabilità pubblica in senso stretto non fosse ammissibile in ordine ai comportamenti di natura imprenditoriale propri dell’Ente Pubblico Economico. Pronunce successive, nel ribadire il carattere estrinseco del fine pubblico di tali enti, richiamavano, altresì, quale dato positivo anche l’art. 409 c.p.c. n. 4 in ordine all’applicabilità delle norme del Capo I, Titolo IV, Libro II del codice civile, ai “*rapporti di lavoro dei dipendenti di enti pubblici che svolgono esclusivamente o prevalentemente attività economica*”.

forme giuridiche di tipo privato per l'erogazione di servizi di natura pubblica²⁵⁸; dall'altra la "privatizzazione" dell'agire pubblico attraverso l'introduzione, ad esempio, di norme quali l'art. 11 della legge 241 del 1990 (in tema di accordi c.d. sostitutivi dei provvedimenti) o dell'art. 2 comma 2 d.lgs. n. 29 del 1993, che generalizzava l'applicazione delle norme del codice civile ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

Interessante, sul punto, il richiamo effettuato dalla Corte al caso dell'Agenzia Spaziale Italiana relativamente alla quale, per espressa previsione normativa²⁵⁹, e nonostante la sua natura di Ente Pubblico non Economico, trova applicazione la disciplina privatistica²⁶⁰.

Le Sezioni Unite, inoltre, richiamano sul tema recenti importanti pronunce della Corte Costituzionale che hanno ribadito la necessità di un controllo pubblico contabile, in ragione della natura pubblica delle risorse utilizzate, in capo a soggetti di natura formalmente privatistica quali, ad esempio, le società finanziarie regionali siciliane²⁶¹ o alle S.p.a. nate a seguito dell'avvenuta privatizzazione formale di alcuni Enti Pubblici Economici²⁶².

Alla luce di quanto sopra, viene evidenziata la ormai labile distinzione tra Enti Pubblici Economici e non e la conseguente necessità di prendere atto del fatto che *"l'amministrazione svolge attività amministrativa non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto od in parte dal diritto privato. In ragione di ciò, "ancorché in forme privatistiche, gli enti pubblici economici - soggetti pubblici per definizione e che perseguono fini del pari pubblici attraverso risorse di eguale natura - svolgono dunque anch'essi attività amministrativa, rispetto alla quale tali forme costituiscono nient'altro che lo strumento a tali fini utilizzabile ed utilizzato"*.

²⁵⁸ Menzionando in via esemplificativa l'art. 15 del d.l. n. 333 del 1992 che ha dato il via alla c.d. "privatizzazione formale" di enti pubblici economici e l'art. 113 del d.lgs. 267 del 2000 in tema di servizi pubblici locali a mezzo di società a responsabilità limitata.

²⁵⁹ Art. 1 ultimo comma della l. n. 186 del 1988.

²⁶⁰ Cass. SS.UU. n. 11 del 2001.

²⁶¹ Corte Cost. n. 35 del 1992.

²⁶² Corte Cost. n. 466 del 1993.

Le seconda parte della pronuncia dei Giudici del “Palazzaccio” viene dedicata alle “*incisive*” innovazioni normative introdotte negli anni '90 in tema di competenza giurisdizionale nei giudizi di responsabilità nei confronti di amministratori e dipendenti pubblici.

In particolare, la Corte, dopo una sintetica disamina dell’evoluzione normativa in materia, concentra le sue considerazioni sull’art. 20, e successive modificazioni, della legge n. 19 del 1994 in tema di danno c.d. indiretto, il quale avrebbe avuto il pregio di superare la “*responsabilità contrattuale quale limite della giurisdizione della Corte dei Conti*”. Sul punto, i giudici sottolineano come, a fronte di una progressiva privatizzazione dell’Amministrazione Pubblica, il legislatore non abbia limitato la competenza giurisdizionale del Giudice Contabile, ma abbia, invece, optato per una espansione di tale sfera in una prospettiva di semplificazione e razionalizzazione del sistema²⁶³.

Di assoluto rilievo il passaggio motivazionale secondo cui *la norma innovativa di cui all'art. 1 ultimo comma legge n. 20 del 1994 ha una sua evidente ricaduta anche in tema di responsabilità contrattuale: se, infatti, nella responsabilità extracontrattuale in danno di amministrazioni od enti pubblici diversi da quelli di appartenenza, le modalità della condotta (violatrice di norme tanto di diritto pubblico che di diritto privato) del soggetto agente sono giuridicamente irrilevanti quanto alla giurisdizione, a maggior ragione esse lo sono divenute allorquando il danno sia stato cagionato alla stessa amministrazione di appartenenza, non essendo pensabile che il legislatore abbia voluto tutelare in misura meno incisiva quest'ultima. Non a caso, del resto l'art. 1 legge n. 20 del 1994 fa riferimento al "comportamento" degli amministratori e dipendenti pubblici soggetti a giudizio di responsabilità, nonché al "fatto dannoso" ed al "danno": è, dunque, l'evento verificatosi in danno di un'amministrazione pubblica il dato essenziale dal quale scaturisce la giurisdizione contabile, e non, o non più, il quadro di riferimento (diritto pubblico o privato) nel quale si colloca la condotta produttiva del danno stesso*”.

²⁶³ In tale senso viene valorizzata l’avvenuta abrogazione ad opera della l. n. 142 del 1990 della “*distinzione, ai fini del riparto di giurisdizione, tra responsabilità formale degli amministratori e dipendenti degli enti locali e generica responsabilità amministrativa*” (sul punto Cass. SS.UU. n. 5789 del 1991) nonché il quinto comma dell’art. 11 della l. n. 241 del 1990 in tema di giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo in ordine alle controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi procedurali e sostitutivi.

A parere dei Giudici di legittimità, in sostanza, stante l'assoluta irrilevanza dell'ambito pubblico o meno in cui viene in essere la condotta dell'agente, non troverebbero più ragion d'essere gli spunti argomentativi utilizzati in passato (artt. 2093 e 2201 c.c., art. 409 n. 4 c.p.c.) a sostegno del precedente orientamento delle SS.UU..

Ulteriori argomenti a supporto vengono, poi, individuati, da una parte, nella mancata conversione del d.l. n. 47 del 1995²⁶⁴ (il cui art. 1 comma IV prevedeva espressamente la giurisdizione contabile nei confronti dei componenti dei CDA degli Enti Pubblici Economici), stante la sua inutilità alla luce della novella sopra evidenziata; e, dall'altra, nella costante giurisprudenza penale volta a ritenere persistente la natura di pubblico ufficiale o di incaricati di pubblico servizio in capo a quei soggetti operanti per conto di enti oggetto di trasformazione in S.p.a.²⁶⁵.

Da ultimo, viene fatto, quindi, cenno (a ulteriore riprova della tendenza espansiva e razionalizzatrice dell'ambito di giurisdizione) ai recenti d.lgs. n. 80 del 1998 e 205 del 2000, volti a riperimetrare la giurisdizione amministrativa per blocchi di materia. Tale argomento, per vero, non è da ritenersi tra i più riusciti, stante le note pronunce successive della Corte Costituzionale (su tutte Corte Cost. n. 204/2004) che hanno, di fatto, disatteso – o comunque circoscritto – l'operatività di tale partizione ai fini giurisdizionali.

I commenti immediatamente successivi alla pronuncia in questione²⁶⁶ hanno valutato positivamente il *revirement* della Cassazione sul tema condividendo, in primo luogo, l'interpretazione "espansiva" delle norme contenute nella legge n. 20 del 1994 che ha dato assoluta rilevanza quale criterio fondante della giurisdizione contabile la natura pubblica delle risorse utilizzate²⁶⁷.

²⁶⁴ Secondo cui *"I componenti degli organi di amministrazione e di controllo, nonché i funzionari ed i dipendenti degli enti pubblici economici e delle società sulle quali lo Stato esercita il controllo in ragione della partecipazione al capitale sociale, sono soggetti, per danni arrecati agli enti o alle società stesse, alla giurisdizione della Corte dei conti, secondo le norme regolanti la materia"*.

²⁶⁵ Ex multis Cass. n. 10027 del 2000 (Ferrovie dello Stato) e Cass. n. 20118 del 2001 (Ente Poste).

²⁶⁶ ASTEGIANO G., *op. ult. cit.*; URSI R. *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori e delle imprese pubbliche*, in *Foro Amministrativo*, C.D.S., (II), fasc. 3, 2004, pag. 693; VISCA M.A., *La giurisdizione della Corte dei Conti sull'attività privata di amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici*, in *Giustizia Civile*, fasc. 9, 2004, pag. 2044.

²⁶⁷ Peraltro, un "tentativo" di valorizzazione della novella suddetta era già stato effettuato nella nota pronuncia sui fondi neri Enimont (Cass. SS.UU. del 2 ottobre 1998) in cui la Cassazione aveva escluso la giurisdizione contabile sui comportamenti tenuti dagli amministratori dell'Ente Pubblico Economico in

I pregi evidenti della sentenza vengono individuati, da una parte, nel superamento dell'approccio "binario" (attività amministrativa e attività imprenditoriale) che, in passato, al di là delle difficoltà in concreto di individuazione, aveva portato a conclusioni della giurisprudenza per certi versi discutibili in ordine a comportamenti "imprenditoriali" manifestamente irrazionali (spesso penalmente rilevanti come, ad esempio, il pagamento di tangenti) demandati alla valutazione del Giudice Ordinario; dall'altra una sicura maggior tutela delle risorse pubbliche utilizzate dagli Enti Pubblici Economici, in ragione della competenza d'ufficio in capo al Giudice Contabile, il cui intervento è da ritenersi sicuramente più incisivo rispetto all'azione civilistica (di fatto "*lasciata nelle disponibilità dell'ente stesso*"²⁶⁸), in ordine alla totalità dei comportamenti illeciti posti in essere dalle figure apicali.

Problematica di rilievo concerne, in realtà, l'intensità di sindacato del Giudice Contabile in ordine ai comportamenti di tipo imprenditoriale che abbiano cagionato un danno al patrimonio dell'Ente. Il pericolo, infatti, di un sindacato intrinseco, che giudicasse (magari *ex post*) il merito delle scelte imprenditoriali effettuate (di fatto paralizzando l'attività degli amministratori), era stato, di fondo, il motivo sotteso al precedente orientamento, volto a sottrarre al Giudice Contabile la giurisdizione sugli atti "privatistici" di coloro che agivano per conto dell'Ente Pubblico Economico.

L'arresto normativo del 2003, stante la rilevanza del tema anche con riferimento alle Società a Partecipazione pubblica di diritto privato, impone, quindi, di "perimetrare" con maggior certezza l'ampiezza del sindacato della Corte dei Conti sulle attività in qualche modo connotate dal merito imprenditoriale.

Condivisibili, in tal senso, le conclusioni formulate da acuta dottrina ²⁶⁹ secondo cui, preso atto del fatto che l'attività imprenditoriale degli Enti Pubblici Economici, in ragione delle risorse pubbliche utilizzate, è funzionalizzata al fine pubblico perseguito nel rispetto dei criteri di economicità e che, pertanto, la stessa si estrinseca in atti di gestione non totalmente liberi, ma "discrezionalmente" orientati, "*il rischio d'impresa consentito risulta essere quello rientrando nell'area della gestione del servizio, mentre, al di fuori di questa, emerge la responsabilità dell'amministratore*".

virtù del fatto che l'applicazione della normativa in questione era espressamente riservata alle condotte successive all'entrata in vigore (sul tema D'AURIA G., *Brevissime in tema di giurisdizione sulla responsabilità degli amministratori di enti pubblici economici*, in *For. It.*, 1999, I, pag. 575).

²⁶⁸ ASTEGIANO G., op. ult. cit., pag. 3.

²⁶⁹ URSI R., op. ult. cit.

Esemplificando, potremmo citare l'ipotesi della sottoscrizione di derivati o di altri strumenti finanziari complessi da parte di un Ente Pubblico Economico. Nel caso in cui l'investimento avesse effetti negativi per il patrimonio, il comportamento dell'amministratore andrebbe analizzato alla luce delle motivazioni sottese all'operazione. Se infatti, tali strumenti, fossero stati attivati con finalità di copertura (ad esempio a rischio cambio o a rischio interessi di un finanziamento già acceso), la stessa potrebbe rientrare in linea teorica nell'ambito della gestione normale (e quindi consentita) dell'attività d'impresa; diversamente, la natura meramente speculativa degli stessi configurerebbe, con buona probabilità, un'ipotesi di responsabilità di tipo contabile, stante l'evidente estraneità dell'operazione alla normale attività di gestione del servizio.

Da qui, l'evidente corollario che il Giudice Contabile, stante peraltro l'espresso divieto di sindacare nel merito le scelte di natura discrezionale formulato dall'art. 1 comma I l. 20 del 1994, è tenuto ad effettuare una verifica rigorosamente *ex ante* della scelta imprenditoriale limitando il suo sindacato ad una valutazione esterna della compatibilità della stessa con il fine pubblico perseguito e stigmatizzando, di conseguenza le sole azioni manifestamente irrazionali ed estranee allo scopo sociale.

Ulteriori spunti di discussione, evidenziati in dottrina, concernono la "natura" della responsabilità dell'amministratore²⁷⁰ (e la conseguente problematica in ordine all'esclusività dell'azione o sua cumulabilità con i rimedi di natura civilistica) e l'eventuale replicabilità delle conclusioni formulate dalle SS.UU. anche con riferimento alle società a partecipazione pubblica di diritto privato²⁷¹.

In merito al primo aspetto, viene sottolineato come l'impostazione seguita dalla Corte sia volta a riconoscere una natura risarcitoria (di matrice extracontrattuale) all'azione esercitata dal PM contabile, circostanza questa che si porrebbe in antitesi all'orientamento, ritenuto maggioritario, che configura la responsabilità amministrativa quale forma di responsabilità avente natura principalmente sanzionatoria (in ragione

²⁷⁰ URSI R., *op. ult. cit.*

²⁷¹ Sul punto conclude in senso negativo ASTEGIANO G., *op. ult. cit.*, il quale evidenzia come le conclusioni formulate nell'arresto in commento non avrebbero trovato spazio con riferimento a società a partecipazione pubblica di matrice privatistica soprattutto nell'ipotesi di partecipazione al capitale sociale di soggetti privati. Ciò in ragione del fatto che il riconoscimento di un'azione del PM contabile rappresenterebbe nei fatti un vulnus dei diritti e delle aspettative di "stakeholders" esterni (come ad esempio i soci privati).

della valorizzazione di alcuni elementi quale il potere riduttivo del Giudice Contabile e dell'intrasmissibilità dell'obbligazione risarcitoria agli eredi). Da qui l'insorgere della problematica, affrontata come vedremo dalla giurisprudenza successiva e che analizzeremo più in dettaglio nel prosieguo, dell'eventuale cumulo o esclusività delle azioni esperibili visto e considerato che l'accoglimento di una tesi di tipo risarcitorio, così come prospettata dalla Corte, potrebbe portare ad escludere una qualche forma di concorso rispetto alle azioni sociali proprie del codice civile.

Quanto alla replicabilità delle conclusioni formulate dai giudici di legittimità con riferimento alle condotte degli amministratori di società a partecipazione pubblica – questione che verrà approfondita nei paragrafi successivi – è da sottolineare come la pronuncia in analisi, nell'accogliere una concezione oggettiva di attività amministrativa e, soprattutto, nel porre l'accento sulla natura pubblica delle risorse utilizzate ai fini di un corretto riparto di giurisdizione, ha di fatto posto le basi per la nota pronuncia della Cassazione n. 3899 del 2004 che inaugurerà quel filone interpretativo “panpubblicista” che resisterà fino all'ulteriore *revirement* del 2009.

3. IN PARTICOLARE: DA CASS. SS.UU. N. 3899 DEL 2004 A CASS. SS.UU. N. 26806 DEL 2009.

La pronuncia della Cassazione n. 19667 del 2003, commentata nel paragrafo precedente, ha posto le basi argomentative per un nuovo filone giurisprudenziale, inaugurato da Cass. SS.UU. n. 3899 del 2004²⁷², volto a riconoscere in via generalizzata la giurisdizione del giudice contabile in ordine ai danni derivanti da condotte illecite perpetrati dai soggetti legati a società a partecipazione pubblica.

L'orientamento in questione, auspicato a più riprese da parte dei giudici contabili, ha trovato costante applicazione per un intero quinquennio per poi venir messo nuovamente in discussione con il *revirement* rappresentato dalla nota pronuncia delle Sezioni Unite n. 26806 del 2009.

La decisione del 2004 riguarda, tra gli altri, gli amministratori della So.Ge.Mi. (Società per l'impianto e l'esercizio dei mercati annonari all'ingrosso di Milano), società per

²⁷² In senso analogo si segnala anche l'importante pronuncia Cass. SS.UU. n. 4511 del 2006 con commenti di VENTURINI L., *La giurisdizione della Corte dei Conti sugli amministratori e dipendenti delle società pubbliche*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006, 10, pag. 1127 e GRASSI E., *La giurisprudenza della Corte di Cassazione ridisegna la nozione di “pubblica amministrazione” con ricaduta sulla giurisdizione della Corte dei Conti*, in *Fisco*, 2006, 37 – parte 1, pag. 5707.

azioni con capitale detenuto in via quasi totalitaria dal Comune di Milano (oltre che dall'Unione del Commercio del Turismo e dei Servizi e dalla Sezione di credito agrario della CARIPLO) e prende le mosse da una contestazione promossa dal Procuratore Regionale Contabile della Lombardia in ordine ad alcuni fatti corruttivi sottesi alla concessione ad una società terza del servizio frigorifero e dei relativi spazi operativi.

Il Procuratore Generale della Corte dei Conti, nel prospettare la giurisdizione contabile sulla fattispecie in esame, rilevava, in via generale, come la So.Ge.Mi., alla luce della rilevante partecipazione pubblica (99,7 %) e dei rilevanti controlli cui la società era soggetta, fosse da intendersi, al di là della natura formale, un soggetto compenetrato in via organica con l'ente pubblico territoriale o per lo meno un soggetto legato al Comune di Milano da un rapporto di servizio.

I resistenti, al contrario, qualificavano la società come un mero soggetto di diritto privato evidenziando, altresì, *“che nella peggiore delle ipotesi, la SO.GE.MI. poteva considerarsi un Ente Pubblico Economico, come tale sottratto alla giurisdizione contabile con riguardo all'attività commerciale e/o d'impresa”*.

I giudici del Palazzaccio, prendendo atto del recente arresto in tema di Enti Pubblici Economici del 2003 (ritenendo comunque le argomentazioni in esso evidenziate non decisive nel caso di specie), affermarono la giurisdizione contabile sottolineando *in primis* la sicura natura pubblica del servizio esercitato dal società ed in secondo luogo la sussistenza di uno stabile rapporto di servizio tra i soggetti coinvolti. Su questo secondo aspetto, in particolare, la Corte fondava la sua decisione affermando che il *“rapporto di servizio (omissis), per costante giurisprudenza, implica l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità patrimoniale per danno erariale, non rilevando in contrario la natura privatistica dell'ente affidatario e/o dello strumento contrattuale con il quale si è costituito ed attuato il rapporto in questione”*²⁷³.

Quanto alla rilevante questione (che diverrà dirimente nella giurisprudenza successiva) relativa alla natura diretta o meno dal danno subito dall'ente locale, essa non veniva in alcun modo presa in considerazione, venendo qualificata come questione di merito e non di giurisdizione.

La pronuncia in oggetto, criticata su più fronti dalla dottrina perlopiù legata alla tesi privatistica dei soggetti giuridici in questione, non offre, a dire il vero, spunti esaustivi sul tema. Di sicuro maggior interesse, anche perché riguardanti la problematica ipotesi

²⁷³ Citando sul punto Cass. n. 715 del 2002.

delle società di carattere misto, appaiono le articolate considerazioni formulate dalla sentenza n. 135 del 2008 della Sezione Giurisdizionale Regione Lombardia della Corte dei Conti la quale, nel ribadire la giurisdizione contabile in ordine a condotte perpetrate dai soggetti legati ad una società pubblica a partecipazione non totalitaria (ma comunque di controllo), ripercorre in maniera analitica, confutandole, le criticità avanzate in dottrina e delinea un originale, quanto discutibile, metodo di calcolo del *quantum* del danno erariale di tipo “proporzionale”, agganciato all’entità della quota partecipativa in mano pubblica.

Pare opportuno, quindi, ripercorrere, in via sintetica, l’iter argomentativo contenuto nella decisione.

Il caso di specie riguardava alcuni fenomeni di corruzione relativi all’assegnazione di forniture da parte di ENIPOWER S.p.a., società partecipata in via totalitaria da ENI S.p.a. (quotata in mercato regolamentato) e partecipata dallo Stato nella misura del 30%.

La prima parte della decisione è dedicata alla più volte affrontata questione della possibilità di configurare un soggetto di natura pubblica nell’ipotesi di una società per azioni regolata dal diritto civile. La risposta avrebbe tenore sicuramente affermativo con riferimento, ad esempio, alle c.d. “società legali a statuto singolare”, adibite a funzioni prettamente strumentali di natura pubblica²⁷⁴ e alle società c.d. “*in house*” ritenute, anche da autorevole quanto recente giurisprudenza amministrativa²⁷⁵, quali veri propri plessi organizzativi della P.A..

Con riferimento a tali soggetti, non vi sarebbe alcun dubbio in ordine alla giurisdizione del giudice contabile, a fronte di condotte illecite perpetrate dai loro amministratori o dipendenti.

Poste tali premesse, l’attenzione del giudice estensore si concentra sul particolare fenomeno della società c.d. “miste” ove vi sia, quindi, compartecipazione finanziaria (e di interessi) di soci di natura pubblica e privata e sulla possibilità di replicare le conclusioni testé formulate, in punto di giurisdizione, anche con riferimento a tali soggetti.

Sul tema, in via preliminare, viene circoscritto l’ambito di analisi alle sole società che conoscano una forma di controllo o comunque di influenza (anche al di fuori dei

²⁷⁴ Citando sul punto Corte Cost. n. 363 del 2003.

²⁷⁵ Si veda in particolare Consiglio di Stato n. 456 del 2007.

parametri offerti dall'art. 2359 c.c.) da parte del soggetto pubblico. Solo in tale ipotesi, ove il soggetto pubblico è in grado di incidere sull'oggetto sociale, infatti, è possibile immaginare la sussistenza di un interesse pubblico in ordine alla regolarità dell'attività svolta in potenziale concorrenza col mero scopo di lucro dei soci privati.

Quanto alle ipotesi di partecipazione c.d. di minoranza (inferiore quindi al 50,1 % del capitale), viene evidenziato come, anche in questo caso, non sia da escludere un'influenza dominante del socio pubblico, soprattutto quando trattasi di soggetti a capitale particolarmente diffuso.

Il caso in oggetto, ad esempio, riguarda un soggetto in forma di s.p.a. (non quotato), partecipato indirettamente dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, per il tramite di una società quotata di cui lo Stato detiene una quota intorno al 30%. Il possesso di una quota minoritaria, anche alla luce della normativa del T.U.F. (che individua il 30% quale quota oltre cui è necessario procedere a O.P.A. obbligatoria sulla totalità delle azioni circolanti, così sottintendendo che, dal possesso di tale quota, derivi un controllo della società²⁷⁶), non esclude la presenza di un controllo o di una forma, comunque di influenza dominante.

In line astratta, proseguono i giudici, anche quote risibili possono rilevare se inserite in un contesto di detenzione congiunta da parte di più soggetti pubblici.

Diversamente, invece, risiedono fuori dal perimetro di interesse tutte quelle ipotesi di soggetti a forma societaria in cui la quota "pubblica" detenuta abbia dimensioni tali da non garantire alcun tipo di influenza sull'oggetto sociale. Ciò, per l'evidente considerazione che, in tali casi, non è ontologicamente possibile ipotizzare la sussistenza di un fine pubblico che possa permeare l'attività di impresa esercita.

Evidenziate tali considerazioni, la Corte richiama, in punto di giurisdizione, le argomentazioni utilizzate dal noto precedente del 2003 (Cass. SS.UU. n. 19667 in tema di Enti Pubblici Economici), in ordine alla concezione oggettiva di attività amministrativa, ritenendo replicabili le conclusioni di tale pronuncia anche con riferimento al particolare fenomeno delle società miste.

²⁷⁶ Art. 106 d.lgs. n. 58 del 1998 il cui primo comma così recita: "*Chiunque, a seguito di acquisti ovvero di maggiorazione dei diritti di voto, venga a detenere una partecipazione superiore alla soglia del trenta per cento ovvero a disporre di diritti di voto in misura superiore al trenta per cento dei medesimi promuove un'offerta pubblica di acquisto rivolta a tutti i possessori di titoli sulla totalità dei titoli ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato in loro possesso*".

In particolare, viene ribadito come in tale tipologia di società l'investimento di risorse pubbliche, la cui natura non muta per il solo fatto di essere confluito nel patrimonio sociale, è ovviamente finalizzato ad un interesse pubblico “*che (omissis) è destinato naturalmente a convivere con quello di cui è portatore l'azionista privato*”. Conseguentemente, preso atto della novella normativa di cui all'art. 1 l. 20 del 1994, che pone al centro della giurisdizione contabile l'elemento di danno ad una amministrazione pubblica – al di là del contesto pubblico/privato in cui la condotta si inserisce –, laddove sussista la lesione del patrimonio societario alimentato da risorse pubbliche, la giurisdizione dovrebbe essere necessariamente radicata avanti al Giudice Contabile, in ossequio ai principi espressi dall'art. 103 comma II Cost..

Spunti di interesse emergono, inoltre, da quella parte del plesso motivazionale che la Corte dedica in ordine alla questione del rapporto tra azione del PM contabile e ordinarie azioni di responsabilità proprie del codice civile (tematica che, evidentemente, assume un peso specifico di interesse proprio nei casi di soggetti che vedano concorrere apporti pubblici e privati).

Sul tema, un primo passaggio viene dedicato alle differenze tra le due tipologie di azioni ed alla conseguente oggettiva non comparabilità delle stesse.

Viene evidenziato, in particolare, come le due tipologie di azioni siano connotate da finalità diverse e comunque incompatibili.

L'azione sociale di cui all'art. 2393 c.c. (e seguenti) si caratterizzerebbe per tre elementi: il suo utile esperimento (da parte della società o di una minoranza qualificata di soci) porta vantaggi all'intera compagine sociale, dovendo il risarcimento essere dovuto alla società in quanto tale; è *ex lege* rinunciabile da chi l'ha esperita; è *ex lege* transigibile.

Diversamente, l'azione del PM contabile si caratterizza *in primis* per la sua officiosità e non rinunciabilità ed, *in secundis*, per il fatto che la stessa è finalizzata al reintegro della sfera patrimoniale del solo soggetto pubblico coinvolto.

Da qui, deriverebbe l'evidente non alternatività degli strumenti di tutela citati, ponendosi gli stessi su piani di operatività assolutamente differenti²⁷⁷.

²⁷⁷ Sul punto si segnala il seguente passaggio della pronuncia in oggetto: “*identiche ragioni impediscono, poi, di ravvisare nell'art. 2395 c.c. lo strumento attraverso il quale attribuire una legittimazione (che sarebbe in definitiva di ordine endosocietario) all'azione di responsabilità esperibile dal PM contabile. Questa impostazione si risolverebbe infatti in una contraddizione in termini, non potendosi ripudiare lo schema (avversato) della concorrenza fra azione civile e azione erariale al prezzo di identificare nella*

Ciò posto, la Corte si sofferma brevemente a criticare l'orientamento (che troverà, invece, fortuna nell'arresto della suprema Corte del 2009 n. 26806, poi "parafrasato" dal decreto legislativo emanato in esecuzione delle legge "Madia") secondo cui un'ipotesi di coordinamento tra le due azioni sarebbe ravvisabile nell'ammettere un'azione di tipo erariale nei confronti del solo socio pubblico che abbia omesso di esercitare l'ordinaria azione sociale di responsabilità previste dal codice civile.

L'impossibilità di uno schema siffatto, secondo la prospettazione dei giudici lombardi, risiederebbe nel fatto che apparirebbe sostanzialmente illogico immaginare l'azione officiosa di un PM contabile volta a stigmatizzare una scelta discrezionale dell'organo amministrativo.

Il secondo passaggio motivazionale sulla problematica del rapporto tra azioni viene, quindi, incentrato sulla centralità ed esclusività dell'azione del PM contabile nell'ipotesi di danni cagionati alle società partecipate, alla luce del principio di esclusività enunciato dall'art. 103 comma II Cost..

Nell'escludere categoricamente la validità della tesi avanzata su più fronti della dottrina, secondo cui le uniche azioni esperibili, stante la forma societaria dei soggetti coinvolti, sarebbero quelle previste dagli artt. 2393 c.c. e seguenti, la Corte ribadisce la propria giurisdizione anche in ragione di un principio di "attrazione e trascinamento" dal privato verso il pubblico, che impone un'interpretazione della sopra citata norma costituzionale in senso esclusivo e non selettivo.

Tale logica della "prevalenza" troverebbe fondamento nell'evidente compenetrazione nella società di tipo misto tra interesse pubblico e finalità d'impresa, da cui deriverebbe il conseguente *favor* del legislatore ad una concentrazione della giurisdizione "*onde evitare il rischio di frustrazione in fatto dell'interesse pubblico alla salvaguardia delle risorse finanziarie pubbliche*".

A supporto di tale impostazione, la Corte richiama alcuni recenti interventi del legislatore in tema di società pubbliche volte, di fatto, a limitare, su più fronti, i poteri del socio privato in ordine ad alcuni fatti di gestione della "vita societaria", che sarebbero, altrimenti, liberi in ambito privatistico.

sostanza quest'ultima per la prima, finendo così, consequenzialmente, con il far scontare tutti i limiti della prima alla seconda, sì da stravolgerne in modo irrimediabile la sua stessa natura. Al contrario, l'azione erariale ha lo spazio applicativo proprio che gli è riconosciuto direttamente dall'art. 103 comma 2 Cost., senza che vi sia bisogno, e, allo stesso tempo, senza che risulti consentito, di esplicitarla sotto le vesti o in luogo dell'azione di cui all'art. 2395 c.c.".

Ci si riferisce, in particolare, all'art. 3 commi 12²⁷⁸, 13²⁷⁹ e 14²⁸⁰ della l. n. 244 del 2007 (legge finanziaria per il 2008), con il quale vengono introdotti importanti limiti alle nomine, al numero e ai compensi spettanti agli amministratori di società partecipate.

²⁷⁸ “Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 1, commi 459, 460, 461, 462 e 463, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, ovvero da eventuali disposizioni speciali nonché dai provvedimenti di attuazione dell'articolo 5, comma 4, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, gli statuti delle società non quotate, direttamente o indirettamente controllate dallo Stato ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, numero 1), del codice civile, si adeguano alle seguenti disposizioni: a) ridurre il numero massimo dei componenti degli organi di amministrazione a cinque se le disposizioni statutarie vigenti prevedono un numero massimo di componenti superiore a cinque, e a sette se le citate disposizioni statutarie prevedono un numero massimo di componenti superiore a sette. I compensi deliberati ai sensi dell'articolo 2389, primo comma, del codice civile sono ridotti, in sede di prima applicazione delle presenti disposizioni, del 25 per cento rispetto ai compensi precedentemente deliberati per ciascun componente dell'organo di amministrazione; b) prevedere che previa delibera dell'assemblea dei soci, sulle materie delegabili, al presidente possano essere attribuite deleghe operative da parte dell'organo di amministrazione che provvede a determinarne in concreto il contenuto ed il compenso ai sensi dell'articolo 2389, terzo comma, del codice civile; (24a) c) sopprimere la carica di vicepresidente eventualmente contemplata dagli statuti, ovvero prevedere che la carica stessa sia mantenuta esclusivamente quale modalità di individuazione del sostituto del presidente in caso di assenza o impedimento, senza dare titolo a compensi aggiuntivi; d) prevedere che l'organo di amministrazione, fermo quanto previsto ai sensi della lettera b), possa delegare proprie attribuzioni a un solo componente, al quale possono essere riconosciuti compensi ai sensi dell'articolo 2389, terzo comma, del codice civile unitamente al Presidente nel caso di attribuzione di deleghe operative di cui alla lettera b); (24a) e) prevedere, in deroga a quanto previsto dalla lettera d), fermo quanto previsto ai sensi della lettera b), la possibilità che l'organo di amministrazione conferisca deleghe per singoli atti anche ad altri membri dell'organo stesso, a condizione che non siano previsti compensi aggiuntivi; f) prevedere che la funzione di controllo interno riferisca all'organo di amministrazione o, fermo restando quanto previsto dal comma 12-bis, a un apposito comitato eventualmente costituito all'interno dell'organo di amministrazione; g) prevedere il divieto di corrispondere gettoni di presenza ai componenti degli organi sociali”.

²⁷⁹ “Le modifiche statutarie, ad eccezione di quelle di cui alle lettere b) e d) del comma 12, hanno effetto a decorrere dal primo rinnovo degli organi societari successivo alle modifiche stesse”.

²⁸⁰ “Nelle società di cui al comma 12 in cui le amministrazioni statali detengono il controllo indiretto, non è consentito nominare, nei consigli di amministrazione o di gestione, amministratori della società controllante, a meno che non siano attribuite ai medesimi deleghe gestionali a carattere permanente e continuativo ovvero che la nomina risponda all'esigenza di rendere disponibili alla società controllata particolari e comprovate competenze tecniche degli amministratori della società controllante. Nei casi di cui al presente comma gli emolumenti rivenienti dalla partecipazione agli organi della società controllata sono comunque riversati alla società controllante”.

Limitazioni, in senso analogo, sarebbero rinvenibili, poi, nella regolamentazione di fonte comunitaria delle contabilità “separate” proprie delle imprese pubbliche che, in virtù dei propri “diritti speciali”, riconosciuti dallo Stato, si trovino a ricevere “compensazioni in qualsiasi forma per prestazioni di servizio pubblico in relazione ai servizi”²⁸¹.

“Compressioni” alle ordinarie libertà dei soci privati, così come riconosciute nel c.c., non riguarderebbero i soli profili strutturali (nomine, compensi ecc.), ma anche il raggio di azione di tali soggetti, formalmente privati, ma sostanzialmente pubblici. Riscontro, in tal senso, emergerebbe dagli obblighi in capo alle Imprese Pubbliche (come nel caso oggetto di pronuncia), ancorché miste, di rispettare i principi di evidenza pubblica nella selezione dei propri contraenti, stante la natura pubblica di parte delle proprie risorse finanziarie.

Alla luce di quanto sopra, pare doveroso riportare integralmente il seguente passaggio dei giudici contabili secondo cui “*da questo punto di vista, la sussistenza in capo alle società miste dell'obbligo, nei (molti) casi previsti in primo luogo dalla normativa comunitaria, di fare ricorso alle procedure di evidenza pubblica, davvero dimostra l'assoluta compenetrazione fra interesse pubblico (“ad un'utilizzazione razionale del pubblico denaro attraverso la scelta dell'offerta migliore”) e tutela della concorrenza, perché, rovesciando i termini dell'impostazione tradizionale, la normativa comunitaria impone di seguire una procedura di impronta pubblicistica (anche) per l'affidamento di commesse il cui corrispettivo, in quanto a carico di una società mista, gravi in ultima analisi, almeno in parte, su risorse provenienti/messe a disposizione da (soci) privati. In termini economici, accedere ad una commessa significa accedere al relativo corrispettivo, ed è per questo che va garantita l'effettività della regola di concorrenza e di miglior impiego delle risorse pubbliche, quando detto corrispettivo provenga dalla finanza pubblica (intesa in senso ampio). Se, però, questa provenienza è solo parziale, come nel caso delle società miste, allora diviene di palmare evidenza quel fenomeno di “attrazione” o “trascinamento” per cui anche l'accesso alla quota parte del*

²⁸¹ Esigenze in tal senso nascono a seguito della direttiva n. 2005/81/CEE (modificativa della originaria direttiva n. 80/723/CEE in tema di aiuti di Stato, già modificata dalla direttiva 2000/52/CEE recepita con d.lgs. 333 del 2003) che ha preso atto della pronuncia Altmark Trans GmbH (causa C 280/00) che ha stabilito l'innovativo principio secondo cui le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico non costituiscono, a determinate condizioni, aiuti di stato ex art. 87, paragrafo 1 TCE (oggi art. 107 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea).

corrispettivo non proveniente dalla finanza pubblica finisce per essere governato dalla procedura di impronta pubblicistica. Fenomeno di “attrazione” o “trascinamento”, questo, che vale dunque a rendere chiara la capacità contaminante - nell'economia della singola vicenda contrattuale e, naturalmente, ai fini dell'assoggettamento della stessa ad un determinato gruppo di regole di duplice ma ormai inseparabile ispirazione (pubblicistica e, insieme, concorrenziale) – della quota parte di risorse di provenienza pubblica cui ha accesso l'aggiudicatario della commessa, per il tramite del corrispettivo dovutogli, nel caso in cui il committente sia una società mista. Di qui, ad avviso di questo Giudice, la necessità di ribadire come, specie dopo le recenti univoche prese di posizione delle SS.UU. della Corte di Cassazione, il metro da utilizzare ai fini del riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice contabile si sia evoluto, in radice, dall'applicazione secondo una tecnica di tipo selettivo ad una di tipo, viceversa, attrattivo, e quindi esclusivista”.

Ribadita, quindi, la giurisdizione erariale nell'ambito della società mista, i giudici si soffermano da ultimo sulle questioni inerenti a quale sia il soggetto beneficiario dell'eventuale risarcimento ed in quali termini.

Le conclusioni raggiunte, seppur logicamente argomentate, appaiono fortemente discutibili.

I giudici, infatti, nel negare, a monte, la possibilità in capo alle società private di poter beneficiare del risarcimento dovuto a seguito delle accertate responsabilità che hanno cagionato danno al patrimonio sociale – per la semplice ragione che così facendo ne trarrebbero indistintamente benefico la totalità dei soci (sia pubblici che privati) – individua, quale unico soggetto titolare del ristoro, il Ministero, detentore della quota (minoritaria ma di controllo) della società controllante, parametrando il *quantum* del dovuto sulla base della percentuale detenuta (nella fattispecie il 30% del danno complessivamente accertato).

La criticità di tale approccio argomentativo²⁸² risiede, evidentemente, nel fatto che, pur avendo riconosciuto una forma di lesione diretta del patrimonio alle due società private danneggiate (controllante e controllata), il ristoro venga riconosciuto in favore del solo socio pubblico, così facendo venir meno risorse che legittimamente dovevano essere destinate alla reintegrazione del patrimonio (con conseguente ulteriore potenziale nocimento dei vari “*stakeholders*” privati quali i soci e i creditori).

²⁸² Sul tema IBBA C., *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, 3, pag. 10365.

L'orientamento sopra riportato, che ha riconosciuto in maniera decisa la giurisdizione contabile anche con riferimento a dei soggetti misti – ove risulta evidentemente più forte la frizione tra interessi pubblici e privati – impone di affrontare brevemente in questa sede le potenziali criticità che da esso conseguono con riferimento alla tutela delle minoranze private.

Come si è avuto modo di vedere nella pronuncia testé commentata, preso atto dei principi di riparto giurisdizionale espressi in sede di legittimità a partire dal 2003, l'eventuale danno erariale, consistito in un pregiudizio diretto al patrimonio sociale dell'ente partecipato, avrebbe come conseguenza di rilievo il ristoro del socio pubblico e non del soggetto misto effettivamente leso dalle condotte illecite del proprio amministratore.

L'effetto diretto di tale ricostruzione sarebbe che, da una parte, la società mista danneggiata non troverebbe alcun reale beneficio in termini economici dell'azione promossa dal Procuratore Contabile; e, dall'altra, i soci privati vedrebbero di fatto preclusa la possibilità di beneficiare di tale azione. Anche ipotizzando, infatti, l'astratta esperibilità delle ordinarie azioni previste dal codice civile quale, ad esempio, quella contenuta nell'art. 2393 bis, è da ritenere plausibile un esito non soddisfacente della stessa, stante il concreto rischio che l'amministratore già condannato in sede erariale (con conseguente attribuzione del risarcimento al socio pubblico), possa eccepire, in sede civile, la già avvenuta condanna avanti i giudici contabili per il medesimo danno.

Sul punto, pare non del tutto peregrina l'affermazione di condivisibile dottrina secondo cui *“la gravità di soluzioni del genere, dunque, sta nel fatto che esse in sostanza tutelano la finanza pubblica a scapito dei diritti (della società), dei soci privati e dei creditori sociali, precludendo l'esercizio — o, quanto meno, l'esercizio positivo — delle azioni volte al reintegro del patrimonio sociale leso e, in particolare, ai fini del tema che sto trattando, l'esercizio dell'azione ex art. 2393-bis c.c.”*.

Problematica siffatta sembra aver trovato definitivo superamento (o quasi) nell'ordinanza delle SS.UU. n. 26806 del dicembre 2009, che ha posto le basi ad un orientamento opposto a quello sviluppatosi nel quinquennio precedente fornendo, peraltro, evidente ispirazione al contenuto della recente norma introdotta sul tema dal decreto legislativo di attuazione della legge “Madia” in tema di società partecipate.

Vale la pena, in questa sede, ripercorrere i passaggi salienti di tale pronuncia.

Il caso in questione ha ad oggetto la contestazione per danno erariale da Parte della Procura regionale della Corte dei Conti Lombardia in ordine ad accertati fatti di corruzione perpetrati da figure di vertice di società del gruppo ENEL²⁸³.

I danni oggetto di contenzioso comprendevano sia il danno patrimoniale cagionato alla società, sia il c.d. danno all'immagine della P.A..

Un primo passaggio della pronuncia viene dedicato alla delineazione dei limiti esterni della giurisdizione, così come individuati dall'art. 103 comma 2 Cost., ed alla presa d'atto, in più occasioni evidenziata dalla giurisprudenza precedente, del venir meno di confini chiari tra il pubblico e privato.

Quanto alla rilevanza dell'art. 103 Cost. comma 2, viene ribadita l'impostazione secondo cui, al di fuori delle ipotesi di materia di "contabilità pubblica", sia necessaria la c.d. "*interpositio legislatoris*" al fine di far ricadere una data materia nell'ambito della giurisdizione contabile.

Tra le materie per così dire "esterne" rientra, ovviamente, quella della responsabilità cui il legislatore ha dedicato il noto art. 1 l. 20 del 1994, richiamato da più fronti quale fonte dell'ampliamento della giurisdizione con riferimento alle ipotesi di danni cagionati dagli amministratori di soggetti privati a controllo pubblico e che si avvalgano di risorse provenienti dalla collettività per le proprie finalità non privatistiche.

L'estensore passa, quindi, ad analizzare le argomentazioni sottese alla nota pronuncia del 2003 in tema di Enti Pubblici Economici e, più in generale, il recente approccio per così dire "sostanzialistico", volto a sostituire il tradizionale criterio eminentemente soggettivo, adottato dai Giudici Contabili fondato su "*un criterio oggettivo che fa leva sulla natura pubblica delle risorse espletate e delle risorse finanziarie a tal fine adoperate*".

Vengono, in particolare, richiamati i nuovi approdi giurisprudenziali in tema di individuazione del c.d. "rapporto di servizio" (in quanto trattasi di elemento posto a naturale fondamento della tutela erariale), evidenziando come, per giurisprudenza costante, alla luce dell'emersione di una nozione per c.d. "oggettiva" di servizio pubblico e attività amministrativa, lo stesso debba essere inteso quale "*relazione con la pubblica amministrazione caratterizzata dal fatto di investire un soggetto, altrimenti estraneo all'amministrazione medesima, del compito di porre in essere in sua vece*".

²⁸³ Nella fattispecie l'amministratore delegato di ENEL distribuzione S.p.a., il vicepresidente di ENEL Power S.p.a ed un dipendente (poi collaboratore coordinato continuativo) di ENEL S.p.a..

un'attività, senza che rilevi né la sua natura giuridica dell'atto di investitura – provvedimento, convenzione o contratto – né quella del soggetto che la riceve, sia una persona giuridica o fisica, privata o pubblica”²⁸⁴.

Secondo questa innovativa prospettiva, i giudici della Corte, prendono positivamente atto delle conclusioni raggiunte nel 2003 in tema Enti Pubblici economici, ove il baricentro di tutela viene incentrato sull'evento dannoso cagionato alla P.A., a prescindere dal fatto che la stessa derivi da condotte di natura o meno imprenditoriale.

A questo punto, però, la Corte di legittimità opera un importante distinguo.

Se da una parte appare condivisibile quanto affermato in tema di Enti Pubblici Economici, dove è evidente che il danno abbia riflessi diretti sulla P.A., più problematica appare la questione con riferimento alle società private in mano, totalmente o parzialmente, pubblica.

La tematica di fondo concerne la necessaria distinzione tra danno c.d. diretto all'ente partecipante (quale ad esempio il danno all'immagine) e danno diretto al solo patrimonio sociale del soggetto privato.

Tale questione, non affrontata nel 2003 in quanto ritenuta attinente ad un profilo esterno alla giurisdizione, è stata ritenuta irrilevante ai fini del riparto dalle pronunce emanate tra il 2004 e il 2009, che hanno costantemente affermato la competenza del Giudice Contabile su ogni tipologia di danno cagionato dagli amministratori delle società partecipate.

Di diverso avviso paiono, invece, i giudici del Palazzaccio con l'arresto del dicembre 2009.

Posto, infatti, che *nulla quaestio* sussiste in ordine ai profili di danno c.d. diretto alle ente pubblico²⁸⁵ (come ad esempio il danno all'immagine), così condividendo le coordinate delineate dagli arresti precedenti anche alla luce dell'entrata in vigore dell'art. 7 l. 97 del 2001²⁸⁶, meno scontata appare la soluzione fino a quel momento adottata per le altre ipotesi²⁸⁷.

²⁸⁴ Cass. SS.UU. n. 15599 del 2009; Cass. n. 2289 del 2008, Cass. n. 4112 del 2007, Cass. n. 22513 del 2006, Cass. n. 400 del 2000, Cass. SS.UU. n. 2611 del 1990.

²⁸⁵ Fattispecie che in linea astratta potrebbero rientrare nell'alveo dell'azione di cui all'art. 2395 c.c. (2476 c.c. per quanto concerne le S.r.l.) in ordine ai danni cagionati dagli amministratori direttamente al socio.

²⁸⁶ Articolo inserito nella legge in tema di “ *norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche*”

La lente di osservazione viene, a questo punto, orientata sulla questione relativa a quale statuto (privato o pubblico) debba farsi riferimento per le ipotesi di danno diretto al patrimonio della società (e quindi indiretto per l'ente partecipante) perpetrato dalle figure apicali.

Viene evidenziato, in via preliminare, come le società a partecipazione pubblica, infatti, avendo natura formalmente privata (cui sono ricollegati tutti gli obblighi di natura pubblicitaria propri di tutte le società) sarebbe disciplinata di “*default*” dalle norme contenute nel codice civile²⁸⁸.

Le disposizioni di carattere c.d. speciale inserite nel codice (2449 c.c. e 2450 c.c., quest'ultimo oggi abrogato dal d.l. n. 10 del 2007), prosegue la Corte, non sarebbero in alcun modo idonee a fondare l'esistenza di un statuto speciale²⁸⁹ in capo alle partecipate pubbliche con la conseguente applicazione, in virtù dell'assenza di varianti sul tema, delle norme ordinarie in tema di azione di responsabilità previste dagli artt. 2393 c.c. e seguenti.

secondo cui “*la sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nei confronti dei dipendenti indicati nell'articolo 3 (di amministrazioni o di enti pubblici ovvero di enti a prevalente partecipazione pubblica) per i delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale è comunicata al competente procuratore regionale della Corte dei conti affinché promuova entro trenta giorni l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato*”.

²⁸⁷ Interessante sul punto le considerazioni in ordine al noto art. 16 bis delle l. 31 del 2008 in tema di società quotate in mercati regolamentati con partecipazione pubblica inferiore al 50% richiamato da alcuni autori e da parte delle giurisprudenza contabile (si veda ad es. Corte dei Conti, Sez. Giur. Centr, n. 532 del 2008) quale “prova” a contrario della sussistenza della giurisdizione contabile in ordine ai fatti illeciti degli amministratori delle società partecipate. La Corte, in particolare, ravvisa in tale norma “*un evidente significato retrospettivo, nella misura in cui lascia chiaramente intendere che, in ordine alla responsabilità di amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica, vi sia una naturale area di competenza giurisdizionale diversa da quella ordinaria*”. Precisa, però, che tale area va comunque determinata ed individuata sulla base dei principi ordinari.

²⁸⁸ Per una preziosa disamina del dibattito in merito al regime giuridico delle società a partecipazione pubblica si rinvia a SALA G., *Del regime giuridico delle società a partecipazione pubblica: contributo alla delimitazione dell'ambito del diritto dell'amministrazione (cosa pubblica)*, in *Servizi Pubblici e società private quali regole?*, a cura di DOMENICHELLI V. e SALA G., CEDAM, 2007, pagg. 31 e ss..

²⁸⁹ Proprio l'asserita esistenza di uno statuto speciale, come vedremo nel successivo paragrafo, porterà la corte ad esprimersi, in contemporanea, a favore della sussistenza di una giurisdizione contabile in ordine agli illeciti commessi da una società pubblica come RAI S.p.a. (SS.UU. n. 27092 del 22 dicembre 2009).

Cristallizzato tale aspetto, la Corte pone, poi, a vaglio critico l'argomentazione della giurisprudenza precedente in ordine alla sussistenza di un effettivo rapporto di servizio tra ente pubblico partecipante ed amministratori della società.

Sul punto, viene affermato che, se è pure vero che un rapporto di servizio può pacificamente sussistere tra l'ente pubblico e la società partecipata, cui è demandato l'esercizio di un servizio pubblico, tale conclusione non sarebbe automaticamente replicabile con riferimento al rapporto tra l'Ente e i singoli amministratori *“i quali, ovviamente, non s'identificano con la società, sicché nulla consente di riferire a loro, sic et simpliciter, il rapporto di servizio di cui la società medesima sia parte”*.

Negata, quindi, la sussistenza di un rapporto di servizio tra i soggetti oggetto di pronuncia, i giudici si spingono ad affermare un altro elemento decisivo al fine di escludere la giurisdizione contabile: il danno diretto al patrimonio della società non può essere qualificato come danno erariale.

Il ragionamento prende le mosse dalla ovvia considerazione che le società di capitali (s.p.a. o s.r.l. che siano) si caratterizzano, rispetto alle altre entità imprenditoriali, per un elemento essenziale quale è l'autonomia patrimoniale di tipo assoluto.

Tale circostanza troverebbe evidente riscontro nelle disposizioni civilistiche da cui si evince come *“fatte salve le limitate eccezioni oggi introdotte dall'art. 2497 c.c. (come modificato dal D.Lgs. n. 6 del 2003), in tema di responsabilità dell'ente posto a capo di un gruppo di imprese societarie, che qui non rilevano, il sistema del diritto societario impone di tener ben distinti i danni direttamente inferti al patrimonio del socio (o del terzo) da quelli che siano il mero riflesso di danni sofferti dalla società”*.

Pertanto, il danno cagionato in via diretta al patrimonio sociale, pur avendo sicuri riflessi indiretti sul valore della partecipazione o comunque sull'entità dei dividendi eventualmente distribuiti, non può essere qualificato come danno diretto dell'Ente partecipante.

Il patrimonio, anche se è alimentato da risorse raccolte dalla collettività, è e resta privato.

A supporto di tale impostazione viene sottolineato, in primo luogo, l'impossibilità di coordinamento – stante l'assenza di una normativa *ad hoc* – tra l'azione del Procuratore Contabile e l'ordinaria azione di responsabilità disciplinata dal codice civile, sulle cui notevoli differenze si è già avuto modo di soffermarsi.

In secondo luogo, viene, poi, fornita risposta ad una delle principali critiche mosse dalla dottrina c.d. “panpubblicista” in ordine all'asserito vuoto di tutela, con conseguente

grave pregiudizio delle risorse pubbliche, che si creerebbe nel negare spazio operativo al PM contabile. Si afferma, in particolare, che la necessaria tutela erariale ben può essere demandata ad un'azione volta a stigmatizzare l'inerzia del socio pubblico che non abbia approntato gli adeguati mezzi di tutela del patrimonio sociale offerti dal codice civile, il cui impulso non è demandato alla sola maggioranza assembleare, ma anche a minoranze qualificate o, come accade per le S.r.l. (art. 2476 comma 3 c.c.), anche al singolo socio.

Alla luce di quanto sopra la Corte, quindi, conclude dichiarando il difetto di giurisdizione del Giudice contabile limitatamente alla porzione di danno al patrimonio della società contestato.

La pronuncia testé richiamata rappresenta un vero spartiacque sul tema, avendo il pregio di cristallizzare alcune coordinate interpretative che, fatte salve alcune deviazioni successive in tema di società a statuto c.d. "singolare" e società cd. "*in house*", verranno fatte proprie da buona parte delle decisioni successive e troveranno, come vedremo, definitiva consacrazione nel decreto legislativo emanato nell'agosto 2016, in esecuzione alla c.d. legge delega "Madia"²⁹⁰.

L'ordinanza, ad onor del vero, non rappresenta un vero e proprio *revirement* rispetto agli arresti precedenti. I giudici di legittimità, infatti, hanno di fatto confermato

²⁹⁰ Tra i numerosi commenti alla pronuncia si segnalano: TENORE V., *la giurisdizione della Corte dei Conti sulle S.p.a. a partecipazione pubblica*, in *Foro Amministrativo*, C.d.s. (II), fasc. 1, 2010, pag. 92.; FIORANI L. E., *Le azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 2, 2011, pag. 315; SINISI M., *Responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di S.p.a. pubblica e riparto di giurisdizione: l'intervento risolutivo delle sezioni unite della Corte di Cassazione*, in *Foro Ammi.*, C.d.s., fasc. 1, 2010, pag. 77.; SALVAGO S., *La giurisdizione della Corte dei Conti in relazione alla posizione dei soggetti responsabili ed a quella degli enti danneggiati*, in *Giust. Civ.*, fasc. 11, 2010, pag. 2505; PONTE D., *Società miste, responsabilità e giurisdizione*, in *Urbanistica e Appalti*, 2010, pag. 574; IBBA C., *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei Conti*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 5, 2012, pag. 641; IBBA C., *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, 3, pag. 1365; GHIGLIONE P – BIALLO M., *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica: l'orientamento delle SS.UU.*, in *Società*, 2010, 7, pag. 803; LIBANORA M., *Responsabilità amministrativa e civile nelle società miste*, in *Azienditalia*, 2011, 6, pag. 476; CARTEI G.C. – CREA P., *La Cassazione, le società partecipate e la responsabilità amministrativa*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, 9, pag. 935; DALFINO D., *Società pubbliche, responsabilità degli amministratori e riparto di giurisdizione*, in *Società*, 2010, 11, pag. 1361; CAGNASSO O., *Una "brusca frenata" da parte delle Sezioni Unite della Cassazione alla vix expansiva della responsabilità amministrativa-contabile*, in *Giur. It.*, 2010, pag. 4.

l'impostazione del 2003 con riferimento agli Enti Pubblici Economici offrendo, però, degli spunti interpretativi ulteriori in ordine al fenomeno "assimilato" delle società a partecipazione pubblica, così circoscrivendo radicalmente la *vis expansiva* che buona parte della giurisprudenza – in particolare quella contabile – aveva inopportunamente riconosciuto a tale pronuncia.

I passaggi argomentativi più rilevanti dell'arresto del 2009 paiono, ad avviso di chi scrive, i seguenti.

In primo luogo, degna di nota risulta essere la "ridefinizione" del concetto di "rapporto di servizio" e la sua valorizzazione ai fini dell'individuazione della giurisdizione.

Sul tema della configurabilità di un rapporto di servizio tra ente partecipante ed amministratore (o dipendenti) della società partecipata, la giurisprudenza precedente era stata piuttosto ondivaga.

Posto, infatti, che è da considerarsi quale dato quasi assodato la sussistenza di tale rapporto tra ente e società partecipata, più problematico appariva traslare quest'ultimo in capo a quei soggetti apicali, comunque distinti dalla società anche se organicamente rappresentativi della stessa.

A fronte di alcuni orientamenti "estremisti", volti a dequotare l'elemento siffatto ai fini del riparto della giurisdizione e a valorizzare unicamente la natura pubblica delle risorse utilizzate, si registravano, altresì, orientamenti "intermedi" che risolvevano la problematica in maniera differente²⁹¹.

In alcune pronunce, ad esempio, preso atto della sussistenza di un rapporto di servizio tra ente e società, hanno dato per scontata *"l'estensione ai suoi organi per una sorta di applicazione implicita del criterio di appartenenza di costoro al soggetto esterno, e quindi e conseguentemente, all'area della pubblica amministrazione"*²⁹².

In altre ancora, ad esempio, la sussistenza di tale rapporto veniva "argomentata" valorizzando il ruolo *"compartecipe fattivo dell'attività amministrativa"* ricoperto

²⁹¹ Per una sintetica rassegna sulle posizioni giurisprudenziali sul tema si segnala SALVAGO S., *op. cit.*

²⁹² Cass. 3899 del 2004 e 20886 del 2006 richiamate da SALVAGO S., *op. cit.*, con commenti di RODRIQUEZ S., *La giurisdizione della Corte dei Conti dagli Enti Pubblici Economici alle società per azioni a prevalente capitale pubblico*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2004, I, pag. 1946 e VISCA M.A., *La giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti di una società per azioni*, in *Giust. Civ.*, fasc. 1, 2004, pag. 208.

dall'amministratore²⁹³ o, ancora, l'inserimento funzionale di quest'ultimo nell'apparato organizzativo dell'ente pubblico²⁹⁴.

Non sono mancate, infine, decisioni che hanno fatto ricorso alla nota figura del "funzionario di fatto"²⁹⁵.

Il *leading case* del 2009 oggetto di analisi, sulla scorta della considerazione della sussistenza dell'autonoma personalità giuridica dell'ente rappresentato, ha negato in radice la sussistenza di un rapporto di servizio tra amministratori ed ente partecipante, così allineandosi a quel condivisibile orientamento dottrinale che criticava con forza quel filone giurisprudenziale "*colpevole di aver costruito una sorta di rapporto di servizio mediato o di rimbalzo*"²⁹⁶.

Ulteriore aspetto di rilievo affrontato dalla Corte riguarda il rapporto tra le azioni (contabile e civile) potenzialmente esperibili. "L'allargamento" della giurisdizione erariale, anche con riferimento alle società partecipate, aveva, in passato, stimolato il dibattito sul tema, stante le evidenti interferenze tra i due strumenti di tutela.

Le tesi sul campo erano sostanzialmente due: a fronte di una impostazione volta a riconoscere l'esclusività dell'azione contabile (soluzione, a dire il vero, connotata, secondo alcuni, da profili di incostituzionalità per violazione dell'art. 3 Cost., in ragione del conseguente potenziale vuoto di tutela dei c.d. *stakeholders* privati²⁹⁷ e ritenuta un'abrogazione, di fatto, di un dato normativo in vigore²⁹⁸), se ne contrapponeva

²⁹³ Cass. SS.UU. n. 22513 del 2006.

²⁹⁴ Cass. SS.UU. n. 22652 del 2008.

²⁹⁵ Cass. SS.UU. n. 5163 del 2004.

²⁹⁶ SALVAGO S., *op. cit.* che richiama, tra le tante sul tema, le posizioni di SCOCA F., *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità amministrativa*, relazione al 51° Convegno di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, settembre 2005), in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile* (ad un decennio dalle riforme), Giuffrè, 2006, SCHLITZER E.F., *Il regime giuridico della responsabilità degli amministratori delle S.p.a. a partecipazione pubblica e l'art. 16 bis del c.d. decreto mille proroghe (d.l. 21/12/2007 n. 248 convertito in legge 28/02/2008 n. 31)*, in *Federalismi.it*, 21 maggio 2008 e DELLA CANANEA G., *Responsabilità degli amministratori delle società pubbliche e regole di concorrenza*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2007..

²⁹⁷ Sul tema CERULLI IRELLI V., *la posizione costituzionale della Corte dei Conti tra funzioni di controllo e di giurisdizione*, relazione al 51° Convegno di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, settembre 2005), in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile* (ad un decennio dalle riforme), Giuffrè, 2006.

²⁹⁸ ANTONIOLI M., *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, *op. cit.* pag. 224 e seguenti.

un'altra, che ammetteva il possibile concorso tra le due forme di tutela, rinviando le eventuali problematiche in tema di potenziale duplicazione dei risarcimenti sul piano della mera proponibilità delle azioni.

Le Sezioni Unite del 2009 hanno superato la questione, sottolineando l'incompatibilità tra le due azioni; evidenziando l'assoluta assenza di coordinamento normativo sul punto e riconoscendo spazio, con riferimento al danno patito dal patrimonio sociale, alle sole azioni riconosciute dal codice civile in tema di società di capitali.

Corollario importante di tale impostazione è rappresentato dal sostanziale superamento della spinosa questione sollevata più volte in passato, in ordine all'individuazione dei soggetti beneficiari del risarcimento (se siano, cioè, l'ente partecipante o le stesse società "pubbliche").

Solo la società rimane beneficiaria dell'eventuale ristoro patrimoniale, in ordine al danno diretto "non erariale" subito.

Quanto ai conseguenti vuoti di tutela più volte paventati dalla giurisdizione contabile, la Corte risponde coerentemente, qualificando come danno diretto all'ente partecipante l'eventuale pregiudizio subito dalla stessa in ragione del mancato esercizio delle ordinarie azioni sociali da parte dei soggetti rappresentanti dell'ente socio.

In merito, come già sottolineato, la Corte dei Conti Lombardia aveva escluso la validità di una soluzione siffatta, in ragione dell'asserita discrezionalità di tali azioni.

Tale obiezione, però, non teneva conto dei condivisibili approdi giurisprudenziali della Corte di legittimità sul punto la quale, in un caso di omesso esercizio di un'azione di responsabilità ex art. 2393 nei confronti degli amministratori di una società interamente partecipata da un comune, aveva già avuto modo di stigmatizzare fermamente siffatto tipo di condotta, qualificandola quale omissione non rientrante in un ambito di attività discrezionale, ma consistente "*in una violazione di precisi obblighi di tutela del patrimonio comunale conseguenti al prescelto modulo organizzativo della società*"²⁹⁹.

Doveroso cenno deve, poi, essere fatto all'interpretazione offerta dai Giudici del Palazzaccio alla "tormentata" norma contenuta nel più volte citato art. 16 bis l. n. 31 del 2008, in tema di giurisdizione ordinaria nelle ipotesi di responsabilità degli amministratori, di società quotate in mercati regolamentati, caratterizzate da una partecipazione pubblica minoritaria³⁰⁰.

²⁹⁹ Cass. SS.UU. n. 13702 del 2004.

³⁰⁰ Per una sintetica ma esaustiva rassegna delle posizioni sul tema FIORANI L. E., *op. cit.*.

Secondo una prima impostazione, avallata autorevolmente dalla Corte dei Conti³⁰¹, la previsione di una disposizione speciale (espressamente non applicabile “*ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione*”) doveva essere intesa, a contrario, quale prova dell’esistenza di una norma di carattere generale che riconosceva la giurisdizione contabile.

Orientamenti in senso opposto, nell’evidenziare preliminarmente le perplessità che derivavano da un *interpositio legislatoris* dal carattere sostanzialmente implicito, negavano ogni rilevanza sistematica alla norma in questione, riconoscendo nell’introduzione di quest’ultima la volontà da parte del legislatore di eliminare, in maniera un po’ maldestra, uno stato di incertezza normativo³⁰².

Più prudentemente, alcuni autori hanno letto tale novella quale “*primo passo verso la rimozione di un doppio sistema di responsabilità, civilistica e amministrativa*” stante l’avvenuta presa di coscienza che la “*la responsabilità amministrativa per chi opera sul mercato, infatti, può disincentivare l’assunzione di rischi che sono ragionevoli in un’ottica di mercato, ma potrebbero essere considerati eccessivi in quella di tutela delle risorse pubbliche tipica della magistratura contabile*”³⁰³.

Non sono mancate, poi, posizioni più radicali che hanno messo in dubbio la correttezza della norma, ipotizzando un vero e proprio fraintendimento del legislatore³⁰⁴.

Le Sezioni Unite del 2009 offrono un’interpretazione, ad avviso di chi scrive, sostanzialmente condivisibile³⁰⁵.

I Giudici, in particolare, sottolineando la sicura valenza retrospettiva dell’art. 16 bis, ribadiscono l’esistenza di un’area di competenza propria del giudice contabile, ma ne circoscrive, per le argomentazioni già enunciate sopra, l’ambito alle sole ipotesi di danno diretto all’ente socio.

³⁰¹ Corte dei Conti, Sez. Giurisdizionale Centrale, n. 532 del 2008.

³⁰² Ex multis SCOCA F.G., *Verso la responsabilità di amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica?*, in *Giust. Amm.*, 2008, pag. 479.

³⁰³ Circolare Assonime *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, settembre 2008, pag. 23.

³⁰⁴ SANDULLI M.A., *L’art. 16 bis del decreto milleproroghe sulla responsabilità degli amministratori e dipendenti delle spa pubbliche: restrizione o ampliamento della giurisdizione della corte dei conti? (ovvero: l’effetto perverso delle norme last minute)*, in *federalismi.it*, reperibile al link <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=9342>, 22 febbraio 2008.

³⁰⁵ Recentissimamente in senso analogo si segnala Cass. SS.UU. n. 21692 del 2016.

Venendo, ora, brevemente alle critiche mosse in letteratura alla decisione in oggetto, vale la pena di rilevare come le stesse, perlopiù formulate da autori “provenienti” dalla magistratura contabile³⁰⁶, rappresentino ad oggi un orientamento sicuramente minoritario.

Le argomentazioni utilizzate si fondano, sostanzialmente, sulla preminente esigenza di tutela delle risorse pubbliche, in ossequio ai principi di buona amministrazione e di doverosità della tutela erariale di cui agli art. 97 e 103 Cost..

Il ragionamento parte dalla considerazione, sicuramente condivisibile sul piano politico-criminale, secondo cui il fenomeno delle partecipate pubbliche abbia dato origine a plurimi e ripetuti episodi di inarrestabile, quanto incontrollata, emorragia di risorse pubbliche, attraverso l’indebito utilizzo dello schermo societario.

L’idea di demandare la tutela di tali risorse agli stessi Enti partecipanti, spesso legati a filo doppio in via fiduciaria – per non dire, a volte, clientelare - agli amministratori delle società, attraverso l’espletamento delle ordinarie azioni di natura civilistica, viene ritenuta insufficiente e pericolosa, visto il concreto rischio di una inerzia del socio pubblico nell’agire contro un soggetto frutto di nomina fiduciaria.

Se è pur vero, infatti, che vi è comunque spazio per l’azione del PM contabile nell’ipotesi di conclamata inerzia nell’esercizio delle azioni previste dal codice civile, è altrettanto vero che una tale forma di tutela si presterebbe ad essere necessariamente tardiva e presupporrebbe, nei fatti, che qualcuno la segnalasse (cosa ritenuta problematica, stante l’evidente conflitto di interessi tra le parti coinvolte).

Problematiche non dissimili vengono ravvisate nelle ipotesi di c.d. “danno diretto” (come per es. il danno all’immagine) stante il problematico limite imposto dal c.d. “*lodo Bernardi*” – che vedremo in seguito – con il quale il legislatore ha introdotto una vera e propria pregiudiziale “penale”.

Da tali considerazioni prende le mosse l’orientamento c.d. “panpubblicistico” finalizzato a porre il danno alle risorse pubbliche quale baricentro per effettuare un corretto riparto di giurisdizione.

Tali obiezioni, al di là delle problematiche di effettività di tutela delle risorse erariali sicuramente esistenti, non paiono condivisibili.

Come già in più occasioni evidenziato dalla dottrina maggioritaria, la mera presenza di risorse pubbliche non vale a cambiare la natura dei soggetti privati – connotati da una

³⁰⁶ Si veda ad esempio TENORE V., *op. ult. cit.*.

propria personalità giuridica e da una autonomia patrimoniale assoluta – che delle stesse dispongano.

La scelta di una P.A. di avvalersi di strumenti di natura privatistica implica, necessariamente, la soggezione del modello operativo scelto alle regole ordinarie previste dal codice civile.

Opinando diversamente, come evidenziato da più fronti in dottrina, si profilerebbero potenziali situazioni di pregiudizio a scapito dei soggetti privati portatori di interessi (c.d. *stakeholders*) che si relazionano con la società (sottoposta, a livello pubblicitario, alle medesime regole previste per le società ordinarie) con sicuri riflessi anche sul piano concorrenziale (e conseguenti frizioni con in principi comunitari enunciati sul punto).

Pur prendendo atto dell'evoluzione in senso “funzionalistico” del concetto di attività amministrativa, con il conseguente superamento della dicotomia pubblico/privato sotto il profilo degli strumenti operativi utilizzabili per perseguire finalità rivolte alla collettività, non è possibile prendere le distanze dal dato positivo, che non conosce norme specifiche volte a derogare alla disciplina dedicata dal codice civile alle società di capitali.

Quanto alla giurisprudenza successiva all'importante arresto del 2009, non sono da registrare oscillazioni di rilievo.

Al di là, infatti, delle pronunce per così dire “correttive”, emanate in tema di società a statuto singolare e cd. “*in house*” – che analizzeremo nel prosieguo – la giurisprudenza ha mantenuto sostanzialmente costante il proprio orientamento³⁰⁷.

Fuori dal “coro” si pongono, in effetti, solo alcune isolate decisioni le quali, pur prendendo formalmente atto del precedente n. 26806 del 2009 delle SS.UU. (di cui sembrerebbero condividere i contenuti), danno luogo a conclusioni di fatto non conformi.

Una prima pronuncia³⁰⁸ riguarda il caso che ha visto come protagonista un sindaco della società “Trieste Expo Challenge 2008 S.p.a.” reo di aver percepito il proprio compenso (erogato ovviamente dalla società partecipata), nonostante la sussistenza di un conflitto di interessi.

³⁰⁷ Cass. SS.UU. n. 519-520-521-522-523 e 4309 del 2010, più recentemente si veda Cass. SS.UU. n. 3201 del 2014 relativa al caso di Autobrennero S.p.a.

³⁰⁸ Cass. SS.UU. n. 10063 del 2011.

Nel caso di specie, pur trattandosi di tutta evidenza di un danno perpetrato nei confronti del patrimonio sociale, le SS.UU. hanno riconosciuto – così disattendendo in toto le coordinate interpretative fornite dal *leading case* del 2009 – la giurisdizione contabile sulla base della considerazione che la società in oggetto era senza fine di lucro e quindi assimilabile alla figura di “organismo di diritto pubblico” di derivazione comunitaria. Altrettanto anomala appare la decisione che ha avuto ad oggetto gli esborsi ingiustificati imputati al direttore generale del Casinò Municipale di Campione d’Italia³⁰⁹. Anche in questo caso, pur trattandosi evidentemente di un’ipotesi di danno diretto al patrimonio della società, la Corte ha optato per la giurisdizione contabile, identificando il danno in una minore percezione di utili ed in una diminuzione della redditività della partecipazione.

4. SOCIETÀ A C.D. “STATUTO SINGOLARE” E RIPARTO DI GIURISDIZIONE IN TEMA DI RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI: CASS. SS.UU. N. 27092 DEL 2009 (R.A.I. S.P.A.), CASS. SS.UU. N. 5032 DEL 2010 (E.N.A.V. S.P.A.), CASS. SS.UU. N. 15594 DEL 2014 (A.N.A.S. S.P.A.) , CASS. SS.UU. N. 1159 DEL 2015 (FERROVIE DELLO STATO S.P.A.), CASS. SS.UU. N. 23306 DEL 2015 (ALITALIA S.P.A.)

L’ordinanza della Suprema Corte n. 26806 del 2009, analizzata nel precedente paragrafo, nel fissare le coordinate del riparto di giurisdizione in tema di danno c.d. “diretto” ed “indiretto” accenna, in motivazione, alla sussistenza di ipotesi per così dire in deroga, identificate in quelle “*società a partecipazione pubblica il cui statuto sia soggetto a regole legali sui generis*”.

L’inciso, nel caso di specie, fa esplicito riferimento alla pronuncia emessa, quasi contestualmente, con riferimento ad un conflitto di giurisdizione sollevato avanti alla Corte in merito a condotte perpetrate da figure apicali di R.A.I. S.p.a.. (Cass. 27092 del 2009).

³⁰⁹ Cass. SS.UU. n. 8429 del 2010. Sul tema: CAPRARA A., *Sul D.G. di società in mano pubblica decide la Corte dei Conti se il patrimonio danneggiato è pubblico*, in *Società*, 2010, 10, pag. 1177; IBBA C., *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei Conti*, op. cit., il quale fa notare come curiosamente tale pronuncia venga solitamente citata come conforme all’orientamento del 2009;

L'arresto appena citato cristallizza il momento di esordio di un filone interpretativo che, negli anni successivi, troverà applicazione con riferimento ad altri soggetti, aventi formale natura societaria, ma "riqualificati", alla luce delle loro peculiarità, in enti pubblici (ENAV S.p.a nel 2010 e A.N.A.S. S.p.a. nel 2014).

Pur avendo, in altra sede, già proceduto a individuare le caratteristiche "singolari" degli enti citati, pare comunque opportuno soffermarsi, brevemente, sulle pronunce in oggetto, al fine di individuare, oltre ai profili critici, anche un eventuale denominatore comune.

Ci si soffermerà, poi, per una maggiore comprensione dei confini del fenomeno, anche sulla recente ordinanza emanata dalla Suprema Corte³¹⁰, con esiti opposti rispetto ai precedenti di cui sopra, con riferimento ad altra figura per così dire *borderline*, rappresentata da Ferrovie dello Stato S.p.a..

Il caso "R.A.I. S.p.a." (come già ricordato, partecipato in via quasi totalitaria dallo Stato, ad eccezione fatta di una quota residuale, in mano alla S.I.A.E.) aveva ad oggetto l'asserito danno derivante dalle condotte riconducibili al C.d.A, al Collegio sindacale, nonché alle figure apicali del settore risorse umane e consistite nell'avvenuta stipula di transazioni con alcuni direttori generali, da cui era conseguita la corresponsione di importi particolarmente elevati.

Emerge, sin da subito, come il documento in questione riguardi direttamente il patrimonio sociale.

Alla luce di tale postulato, seguendo le coordinate più volte ribadite del *leading case* del 2009, la giurisdizione sarebbe dovuta appartenere al Giudice Ordinario.

Nel caso di specie, però, la Corte, già in premessa, afferma che, per tale ipotesi, "*la decisione deve essere diversa, data la natura sostanziale di ente assimilabile a una amministrazione pubblica che le va riconosciuta, nonostante l'abito formale che riveste di società per azioni*". Da ciò, prosegue la Corte, "*discende la qualificabilità come erariale del danno cagionato dai suoi agenti, nonché da quelli degli enti pubblici azionisti, con conseguente loro assoggettabilità all'azione di responsabilità amministrativa davanti al giudice contabile*."

I giudici proseguono, quindi, ad enunciare i caratteri peculiari da cui sarebbe desumibile tale assunto.

³¹⁰ Cass. SS.UU. n. 1159 del 2015.

In primo luogo, viene evidenziata la “mission” pubblica dell’Ente alla luce del suo ruolo di concessionaria dell’essenziale servizio pubblico radiotelevisivo.

Lo sguardo viene, quindi, rivolto ai rilevanti poteri di vigilanza della Commissione parlamentare, nonché alla soggezione al Controllo della Corte dei Conti, trattandosi di soggetto ricompreso tra quelli cui lo Stato contribuisce in via ordinaria.

Viene, poi, valorizzato il fatto che parte degli introiti di R.A.I. S.p.a. derivi da un’imposta rappresentata dal c.d. “canone”, il cui presupposto è rappresentato dalla detenzione di apparecchi di ricezione radio-televisiva (versato e riscosso dall’Agenzia delle Entrate).

Da ultimo, viene evidenziata la sicura soggezione alle procedure di “evidenza pubblica”, stante la qualificabilità della società quale “organismo di diritto pubblico”, ai sensi della normativa dell’Unione Europea³¹¹.

La sussistenza delle “peculiarità” sopra richiamate giustifica, secondo il giudice di legittimità, la assoluta equiparazione di R.A.I. S.p.a. alla figura dell’Ente Pubblico Economico³¹², con conseguente applicazione delle coordinate enunciate nel *leading case* del 2003.

Vengono rispedito, di conseguenza, al mittente le considerazioni espresse da ricorrenti, in ordine alla “doppia anima” pubblico/imprenditoriale dell’ente in oggetto ed al carattere privatistico del rapporto di lavoro subordinato che lega alcuni dei ricorrenti alla società.

³¹¹ Sul punto viene richiamata la pronuncia Cass. n. 10443 del 2008 secondo cui “*Poiché la Rai s.p.a. è un’impresa pubblica, (sotto forma societaria, in cui lo Stato ha una partecipazione rilevante) operante nel settore dei «servizi» pubblici di telecomunicazioni radio e televisive in concessione, assoggettata ai poteri di vigilanza e di nomina da parte dello Stato e costituita per soddisfare finalità di interesse generale (di cui all’art. 7 d.lg. 31 luglio 2005 n. 177), essa deve essere qualificata come organismo di diritto pubblico tenuto ad osservare le norme comunitarie di evidenza pubblica, nonché le rispettive norme interne attuative, per la scelta dei propri contraenti in tutti gli appalti di valore eccedente le soglie indicate per i servizi di cui all’art. 7 del d.lg. n. 158 del 1995 (ad eccezione delle sole procedure per l’aggiudicazione di appalti che siano relativi specificamente a servizi di radiodiffusione e televisione - settore «escluso» dalla Direttiva 92/50/Cee del 18 giugno 1992); l’affidamento del servizio di vigilanza per un valore eccedente la soglia comunitaria rientra fra i servizi che devono essere aggiudicati con una procedura ad evidenza pubblica, svolta con le modalità di cui alle norme comunitarie ed interne, e, conseguentemente, le relative controversie, ai sensi dell’art. 33, lett. d, d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, come sostituito dall’art. 7, comma 1, lett. a, l. 2 luglio 2000 n. 205, spettano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a far data dal 10 agosto 2000*”.

³¹² In senso analogo Cass. n. 10443 del 2008 e Consiglio di Stato n. 5379 del 2010.

Il passaggio conclusivo, sicuramente il più problematico, della decisione viene dedicato alla delicata questione del concorso eventuale tra azione contabile e civilistica.

Nella fattispecie, i giudici, nel prendere atto dell'esistenza di una previsione legislativa, volta a riconoscere la possibilità di promuovere nei confronti dei componenti del C.D.A. l'ordinaria azione civilistica, escludono con decisione l'emersione di eventuali problematiche di conflitto tra i due strumenti di tutela.

La Corte, in particolare, entrando in evidente frizione con le conclusioni raggiunte sul tema nel contestuale precedente rappresentato dal *leading case* 2009³¹³, torna a "riesumare" le considerazioni già enunciate dalla passata giurisprudenza³¹⁴, affermando da una parte che non vi sarebbe incompatibilità tra le due azioni (né tanto meno un rischio di duplicazione delle voci risarcitorie); e dall'altra che *"il rapporto tra le due azioni si pone in termini di alternatività anziché di esclusività, dando luogo a questioni non di giurisdizione ma di proponibilità della domanda"*.

Conclusioni non dissimili vennero raggiunte negli anni successivi con riferimento a E.N.A.V. S.p.a. e A.N.A.S. S.p.a..

³¹³ Ove sul punto si affermava che *"l'esattezza di tale conclusione trova conferma anche nell'impossibilità di realizzare, altrimenti, un soddisfacente coordinamento sistematico tra l'ipotizzata azione di responsabilità dinanzi giudice contabile e l'esercizio delle surriferite azioni di responsabilità (sociale e dei creditori sociali) contemplate dal codice civile. L'azione del procuratore contabile ha presupposti e caratteristiche completamente diverse dalle azioni di responsabilità sociale e dei creditori sociali contemplate dal codice civile: basta dire che l'una è obbligatoria, le altre discrezionali; l'una ha finalità essenzialmente sanzionatoria (onde non implica necessariamente il ristoro completo del pregiudizio subito dal patrimonio danneggiato dalla mala gestio dell'amministratore o dall'omesso controllo del vigilante), le altre hanno scopo ripristinatorio; l'una richiede il dolo o la colpa grave, e solo in determinati casi è esercitabile anche contro gli eredi del soggetto responsabile del danno; per le altre è sufficiente anche la colpa lieve ed il debito risarcitorio è pienamente trasmissibile agli eredi. D'altronde, almeno in tutti i casi nei quali vi siano anche soci privati la cui partecipazione è suscettibile di subire danno per effetto del comportamento illegittimo degli organi sociali, sarebbe impossibile escludere l'eseribilità degli ordinari strumenti di tutela approntati dal codice civile a beneficio della società (e dei soci privati, nonché eventualmente dei creditori). E però, se si ipotizzasse il possibile concorso tra l'azione del procuratore contabile e l'azione sociale di responsabilità contemplata dal codice civile, occorrerebbe poter individuare il modo di disciplinare tale concorso, stante la descritta diversità delle rispettive caratteristiche delle differenti azioni. L'assenza del benchè minimo abbozzo di coordinamento normativo in proposito suona palese conferma della non configurabilità, in simili situazioni, di un'azione diversa da quelle previste dal codice civile, che sia destinata a ricadere nella giurisdizione del giudice contabile."*

³¹⁴ In particolare Cass. n. 6581 del 2006.

Nel primo caso, i Giudizi del Palazzaccio, pur seguendo una linea interpretativa per certi aspetti differente rispetto al caso di R.A.I. S.p.a., colgono comunque l'occasione per valorizzare alcuni aspetti atti a rendere del tutto peculiare la figura societaria in oggetto.

Vengono posti in evidenza in particolare: la totale proprietà pubblica delle azioni; il servizio pubblico essenziale prestato dall'Ente ai sensi dell'art. 2, l. n. 665 del 1996; la sussistenza di un pregnante controllo da parte della Corte dei Conti sulla gestione finanziaria e l'assoggettamento alle regole in tema di contabilità generale dello Stato in materia di bilancio (artt. 5 e 7 l. n. 665 del 1996).

Nell'ipotesi di specie, però, la giurisdizione contabile non viene fondata sulla mera equiparazione di ENAV ad un Ente Pubblico Economico (con conseguente applicazione dei principi espressi nel *leading case* del 2003), ma viene individuata sulla base di quel filone giurisprudenziale, volto a riconoscere la stessa nelle ipotesi di "sviamento" nell'utilizzo di fondi pubblici.

A tal fine, viene richiamato un noto precedente di qualche anno prima³¹⁵, secondo cui *"ai fini del riconoscimento della giurisdizione della Corte dei conti per danno erariale, non deve aversi riguardo alla qualità del soggetto che gestisce il denaro pubblico - che può anche essere un privato o un ente pubblico non economico - bensì alla natura del danno e degli scopi perseguiti. Ne consegue che qualora l'amministratore di un ente, anche avente natura privata, cui siano erogati fondi pubblici, per sue scelte incida negativamente sul modo d'essere del programma imposto dalla P.A., alla cui realizzazione esso è chiamato a partecipare con l'atto di concessione del contributo, in tal modo determinando uno sviamento dalle finalità perseguite, egli provoca un danno per l'ente pubblico, del quale deve rispondere davanti al giudice contabile. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto sussistere la giurisdizione della Corte dei conti in relazione al giudizio contabile promosso nei confronti del presidente dell'Opera Pia Santissima di Costantinopoli, ente privato gestito con fondi in gran parte di provenienza pubblica ed in particolare con fondi regionali e comunitari accreditati dalla Regione Puglia per l'attuazione di programmi di formazione professionale)".*

Da qui, l'evidente non sovrapponibilità di tale arresto con quello "dedicato" a R.A.I. S.p.a. nell'anno precedente: se in quest'ultimo caso, infatti, il perno motivazionale ruotava integralmente attorno al soggetto coinvolto, nel caso di E.N.A.V. S.p.a., invece,

³¹⁵ Cass. SS.UU. n. 20434 del 2006.

pur prendendo atto delle peculiarità del soggetto, viene focalizzato il tipo di danno effettivamente perpetrato, rappresentato dallo sviamento “funzionale” delle risorse pubbliche utilizzate³¹⁶.

Quanto al caso A.N.A.S. S.p.a., la pronuncia del 2014 si pone, invece, in perfetto parallelismo con il filone derogatorio inaugurato da Cass. SS.UU. n. 27092 del 2009 (R.A.I. S.p.a.).

I Giudici della Suprema Corte, nel prendere atto dell’ormai consolidato orientamento espresso nel *leading case* 2009, nonché del successivo arresto del 2013 in tema di società cd “*in house*”, colgono, ancora una volta, l’occasione per una disamina delle caratteristiche “singolari” della società coinvolta, al fine di verificare la sua assimilabilità ad un Ente Pubblico Economico e la conseguente applicabilità dei principi espressi nel 2003, nel precedente ad essi dedicato.

Il caso in oggetto riguardava un’ipotesi di danno subito in ragione di condotte di corruzione, perpetrate in occasione dell’assegnazione di appalti pubblici. Al di là del danno all’immagine subito dal Ministero dell’Economia e delle Finanze (di sicura natura erariale, secondo le conclusioni fin qui accolte), il fulcro del problema era, evidentemente, rappresentato dal documento direttamente subito da A.N.A.S. S.p.a..

I giudici, quindi, tornano a verificare la sussistenza di eventuali elementi che portino a connotare quale pubblico il patrimonio di un soggetto avente ad oggi forma societaria³¹⁷.

Nel richiamare, in via preliminare, il consolidato orientamento del Giudice Amministrativo, volto a riconoscere la permanenza in capo ad A.N.A.S. S.p.a. della natura pubblica dell’organismo e degli scopi da esso perseguiti, nonostante l’avvenuta trasformazione³¹⁸, la Corte si sofferma ad evidenziare gli aspetti peculiari, idonei a fondare la giurisdizione erariale: le origini del soggetto societario, a seguito dell’entrata in vigore di un atto normativo (società “legale” appunto); statuto e capitale sociale, individuati a mezzo di un decreto ministeriale³¹⁹; esercizio dei diritti sociali collegati

³¹⁶ Ad analoghe conclusioni si sarebbe giunti, ragionevolmente, anche nell’ipotesi di danno perpetrato da una società privata in ragione dell’avvenuta *mala gestio* di contributi di natura pubblica erogati dallo Stato.

³¹⁷ A seguito dell’avvenuta trasformazione da Ente Pubblico Economico in virtù dell’entrata in vigore dell’art. 7 comma 1 d.l. n. 138 del 2002, convertito con modificazioni con l. n. 178 del 2002.

³¹⁸ Consiglio di Stato n. 1230 del 2011 e n. 2829 del 2013.

³¹⁹ In conformità ai commi 4 e 5 dell’art. 7 d.l. n. 138 del 2002.

alle azioni, attraverso un meccanismo di concerto di natura propriamente amministrativa tra il Ministero dell'Economia e quello dei Trasporti³²⁰; attribuzione all'ente delle entrate derivanti dall'utilizzazione dei beni demaniali, oltre ad una serie di funzioni e di poteri di natura autoritativa inerenti alle strade statali³²¹; soggezione al controllo della Corte dei Conti secondo le modalità previste dall'art. 12 l. n. 259 del 1958; la possibilità di avvalersi dell'Avvocatura dello Stato³²²; rapporti di lavoro disciplinati secondo il regime previsto per gli Enti Pubblici Economici³²³.

L'esistenza di tali elementi, unitamente considerati, porta la Suprema Corte a concludere nel senso che *“l'Anas medesima non può essere assimilata ad una società azionaria di diritto privato, avendo essa conservato connotati essenziali di un ente pubblico, a fronte dei quali risulta non decisiva l'adozione del modello organizzativo corrispondente a quello di una società azionaria per gli aspetti non altrimenti disciplinati in chiave pubblicistica”*.

Analogo sforzo ermeneutico, ma con esiti opposti, è stato affrontato recentissimamente dalla Corte di Cassazione³²⁴ con riferimento ad altro soggetto di natura societaria dal passato “pubblicistico”: Ferrovie dello Stato S.p.a..

Anche in questo caso, il Collegio pone a premessa del suo ragionamento le note conclusioni, che ritiene di condividere, espresse dall'ordinanza n. 26806 del 2009 e nelle successive pronunce in senso “derogatorio” degli anni successivi (richiamando espressamente i precedenti di R.A.I. S.p.a., E.N.A.V. S.p.a. e A.N.A.S. S.p.a.).

L'attenzione della Corte si sposta, quindi, sul soggetto Ferrovie dello Stato S.p.a. (soggetto danneggiato a seguito dell'asserita illegittima corresponsione di elevati importi, a titolo liquidatorio, in forza di delibere espresse dal C.d.a.), al fine di verificare la sussistenza di elementi che consentano, o meno, di assimilare tale soggetto in forma societaria ad un'entità di natura pubblica.

I giudici, nel ricostruire sinteticamente la storia del gruppo industriale cui Ferrovie dello Stato S.p.a. è a capo, in qualità di *holding*, nonché delle funzioni espletate da

³²⁰ In conformità al comma 6 dell'art. 7 d.l. n. 138 del 2002.

³²¹ In conformità al comma 1 quinquies dell'art. 7 d.l. n. 138 del 2002 ed art. 2 comma 1 del d.lgs. n. 143 del 1994.

³²² In conformità al comma 11 dell'art. 7 d.l. n. 138 del 2002.

³²³ In conformità al comma 9 dell'art. 7 d.l. n. 138 del 2002.

³²⁴ Cass. SS.UU. n. 1159 del 2015.

quest'ultima e dalla sue controllate, conclude in senso negativo, riconoscendo la sussistenza della giurisdizione ordinaria secondo i criteri consolidati.

Viene posto l'accento, in particolare, sulla natura sicuramente industriale dell'attività svolta in seno al gruppo, per il tramite delle società operative ed il conseguente suo assoggettamento alle normali regole concorrenziali nel settore del trasporto ferroviario. La sussistenza di erogazioni pubbliche, a titolo compensativo, per l'erogazione di servizi di carattere universale (che si affiancano a quelli resi "a mercato") non paiono elementi sufficienti a suffragare una conclusione in senso opposto.

Sulla medesima lunghezza d'onda si inserisce il recente arresto delle Sezioni Unite, con riferimento a ipotesi di *mala gestio* da parte degli amministratori di Alitalia S.p.a.³²⁵.

Come per Ferrovie dello Stato S.p.a., pure in questa ipotesi, il *discrimen* in punto di giurisdizione viene individuato nel contesto di mercato concorrenziale in cui il soggetto si inserisce, a nulla rilevando il fatto che quest'ultimo abbia beneficiato, negli anni, di numerose iniezioni di denaro pubblico, ai fini di ricapitalizzazione (qualificate dalla Corte quali meri interventi di finanziamento in conto capitale, escludendo in radice la loro riconducibilità alla categoria degli aiuti di stato).

Un richiamo espresso ai principi di cui alla pronuncia n. 27092 del 2009 in tema di RAI S.p.a. trova, infine, spazio nel 2011 anche con riferimento al caso di Trieste Expo Challenge 2008³²⁶ società consortile per azioni avente ad oggetto la promozione della candidatura della città di Trieste quale sede per l'Expo 2007 (poi 2008). La particolarità di tale decisione risiede nel fatto che, a differenza di quanto accaduto per le altre ipotesi di società c.d. a "statuto singolare", non viene fatta una disamina delle peculiarità del soggetto coinvolto nel contenzioso rispetto ai modelli societari "classici" disciplinati dal codice civile ma ci si sofferma esclusivamente sulla natura non lucrativa dello stesso.

Viene evidenziato, in particolare, come "*nella specie la società consortile per azioni Expo Challenge 2008 è stata costituita da enti pubblici, con capitale interamente pubblico (Provincia di Trieste, Comune di Trieste, Camera di Commercio di Trieste), per perseguire finalità proprie di tali enti pubblici (promozione candidatura della città di Trieste quale sede per l'Expo 2007 (poi 2008)). Si tratta, quindi, di una società consortile non avente fine di lucro da considerare come un organismo pubblico. Da ciò*

³²⁵ Cass. SS.UU. n. 23306 del 2015 commentata da NICODEMO G.F., *Giurisdizione e danno erariale – responsabilità per danno al patrimonio di S.p.a. pubbliche: giurisdizione dell'A.G.O.*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2016, 1, pag. 166.

³²⁶ Cass. SS.UU. n. 10063 del 2011.

consegue la giurisdizione della Corte dei Conti per i danni subiti dall'ente a causa della "mala gestio" dei suoi organi sociali".

L'ordinanza in oggetto si pone, per chi scrive, in contro tendenza rispetto alle conclusioni formulate con il leading case del 2009. Una valutazione limitata alla sola assenza di scopo di lucro ed alla presunta natura di organismo di diritto pubblico della società non pare in alcun modo sufficiente a superare le obiezioni formulate dalla giurisprudenza all'epoca consolidata delle SS.UU. in ordine alla non configurabilità della giurisdizione contabile per i soggetti che rivestano, come nel caso di specie, la formale qualifica di società di diritto privato.

Il "rinvio" effettuato al caso RAI S.p.a. non sembra del tutto pertinente. Come già detto la soluzione di quel caso trovava fondamento sulle particolari norme previste a livello legislativo e statutario che si poneva in evidente deroga rispetto ai modelli di cui al Libro V del codice civile.

Quanto a Trieste Expo Challenge, invece, non vi sono riferimenti in tale senso ma l'unico elemento di *discrimen* risiede in una valutazione sostanziale della natura dell'attività svolta, così di fatto richiamando le argomentazioni del precedente del 2003 in tema di Enti Pubblici Economici poi superato dalla nota giurisprudenza successiva.

La soluzione proposta pare errata. Come già ribadito più volte dalla stessa Corte di Legittimità, infatti, la scelta di un modello societario comporta l'automatica soggezione, salvo deroghe espresse, alla disciplina privatistica ordinariamente prevista. L'immaginare l'assenza di lucro come elemento fondante per poter optare per una soluzione diversa non è sufficiente a ritenere superata l'impostazione accolta nel 2009. Ciò, soprattutto, alla luce delle condivisibili correnti di pensiero³²⁷ che vedono nello schema societario un modello neutro non necessariamente caratterizzato dallo scopo lucrativo. Riscontro in tal senso emerge, peraltro anche sul piano positivo con l'introduzione di modelli societari caratterizzati da finalità "solidali" come ad esempio la c.d. impresa sociale di cui al d.lgs. 155 del 2006.

Tutto ciò evidenziato, rimane comunque il fatto che, probabilmente, alla presente soluzione in punto di giurisdizione la Corte sarebbe potuta giungervi applicando le coordinate cristallizzate negli anni successivi con riferimento ai soggetti c.d. *in house*.

³²⁷ Ex multis DI SABATO F., *Diritto delle società*, Giuffrè 2011, SANTINI G., *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1973, I, pagg. 151 e ss.. Per una panoramica delle posizioni sul tema si veda anche NOVELLI P., VENTURINI L., *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Giuffrè, 2008, pagg. 333 e ss..

Il quadro interpretativo sopra delineato comporta, ad avviso di chi scrive, serie criticità. Sul piano eminentemente pratico, paiono evidenti le difficoltà operative derivanti dal dover demandare l'individuazione della corretta giurisdizione a valutazioni di carattere sostanziale che valorizzino, in una prospettiva d'insieme, gli indici di peculiarità di un soggetto avente un forma giuridica di società di capitali. Ciò soprattutto se, come affermano gli stessi giudici di legittimità, *“ciascuna di siffatte peculiarità legali”*, isolatamente considerata, *“potrebbe non necessariamente (omissis) essere sufficiente a smentire la natura privata di un ente che dalla stessa legge è qualificato come società”*³²⁸.

Sotto il profilo strettamente positivo, l'orientamento in questione pare porsi in frizione con quanto condivisibilmente enunciato dalla Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 26806 del 2009.

Se è vero, infatti, che dalla scelta di avvalersi di uno strumento societario disciplinato dal codice civile consegue, necessariamente, l'applicazione, in termini generali, della relativa disciplina (e, coerentemente, anche delle norme in tema di responsabilità, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario), non si comprende come tale assunto non possa trovare puntuale applicazione anche con riferimento alle c.d. società “a statuto singolare”, relativamente alle quali non si registrano norme puntuali *ad hoc* in deroga a quelle ordinarie.

Sul punto, autorevole dottrina³²⁹, ha fatto notare come la recente introduzione dell'art. 4 comma 13 d.l. n. 95 del 2012 (oggi abrogato a seguito dell'entrata in vigore del Testo Unico sulle Società partecipate ex d.lgs. 175 del 2016) in tema di *“disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica”* avrebbe nei fatti riaffermato, in coerenza con il principio di rilevanza costituzionale dell'equilibrio di bilancio, *“la piena appartenenza al diritto comune e quindi lucratività delle società in mano pubblica”* comprese le società a statuto c.d. singolare.

La sussistenza di particolari forme di controllo, l'esercizio in regime concessorio di un servizio pubblico essenziale³³⁰ o la fonte parzialmente pubblica delle risorse finanziarie

³²⁸ Cass. SS.UU. n. 15594/2014

³²⁹ GOISIS F., *Le società legali alla prova dell'art. 4, co. 13. D.l. n. 95 del 2012. Il caso ANAS S.p.a.*, in *Foro Amministrativo* (II), fasc. 6, 2014, pag. 1701.

³³⁰ Sul punto si segnala l'interessante considerazione di NICODEMO G.F., *op. ult. cit.*, il quale, riferendosi al caso Alitalia in raffronto ai casi R.A.I.-E.N.A.V.-A.N.A.S., afferma che *“il ragionamento svolto dalla Cassazione si radica sulla distinzione tra concessionario (in tal caso la giurisdizione sull'azione di*

non sembrano, a dire il vero, decisive ai fini dell'applicazione di una disciplina differente.

Con particolare riferimento al caso R.A.I. S.p.a., peraltro, va necessariamente evidenziato come la soluzione offerta dai giudici di legittimità si ponga in aperto contrasto con la disposizione contenuta nell'art. 49 comma 2 del d.lgs. n. 177 del 2005, *ratione temporis* applicabile, secondo cui “*per quanto non sia diversamente previsto dal presente testo unico, la RAI – Radiotelevisione Italiana S.p.a. è assoggettata alla disciplina generale della società per azioni, anche per quanto concerne l'organizzazione e l'amministrazione*”.

Sul punto, come rilevato da acuta dottrina, la Corte si sarebbe adoperata in una vera e propria disapplicazione di norme, partendo dall'erroneo presupposto dato dalla qualificazione di R.A.I. S.p.a. come soggetto assimilabile ad un Ente Pubblico³³¹.

La “fragilità” di tale ultimo assunto emerge, con forza, dalle conclusioni in senso diametralmente opposto raggiunte dalla Suprema Corte solo qualche anno più tardi, con la quale, nel negare la sussistenza della giurisdizione amministrativa in ordine al contenzioso insorto su una selezione di giornalisti, afferma lapidariamente come la RAI,

responsabilità degli amministratori della Società spetterebbe alla Corte dei Conti) e soggetto licenziatario (in tal caso la giurisdizione spetterebbe al giudice ordinario).

³³¹ PACE A., *La Corte di Cassazione ignora la storia, disapplica la legge e qualifica la rai “ente pubblico”*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 5, 2010, pag. 4036. L'autore, in particolare, nel confutare punto per punto la rilevanza dei singoli “sintomi” di pubblicità posto a fondamento della qualifica di R.A.I. S.p.a. quale Ente Pubblico Economico, afferma che “*in conclusione, pur con tutto il doveroso rispetto per la S.C., non può non rilevarsi che il Collegio non si è avveduto che i «peculiari caratteri» sottolineati nell'ordinanza annotata per sostenere la tesi che la RAI sarebbe un ente pubblico, erano tutti ben presenti al Parlamento quando, pressato dalla sent. n. 225 del 1974, effettuò la scelta in favore della forma privatistica della società per azioni, ancorché sotto il controllo del Parlamento. E in tanto il Parlamento optò in favore della forma della società per azioni d'interesse nazionale (art. 2451 c.c.), in quanto il Parlamento ritenne che ciò avrebbe garantito il c.d. «pluralismo interno» meglio di quanto avrebbe potuto fare un ente pubblico naturalmente sottoposto al Governo. Ciò significa che se il legislatore del 1975 consapevolmente si determinò a favore del modello privatistico-societario e, ciò non di meno, impose alla società concessionaria le contestate caratteristiche strutturali e funzionali, tale scelta benché essenzialmente politica, fu coerente e razionale. Si ritenne infatti che, nonostante tali caratteristiche e nonostante gli obblighi che venivano imposti alla RAI, la forma societaria fosse comunque preferibile a quella dell'ente pubblico, per la «maggior snellezza nell'espletamento del servizio» come già chiaramente avvertito dalla Corte costituzionale nella sent. n. 58 del 1965. Il che fu ancora più avvertito quando, con la fine del monopolio radiotelevisivo statale, la RAI dovette affrontare la concorrenza del gruppo Berlusconi-Fininvest*”.

non sarebbe “*in alcun modo annoverabile tra le pubbliche amministrazioni indicate nel*” d.lgs. 165 del 2001³³².

Una presa d’atto delle criticità fin qui esaminate sembra evincersi dalle recenti novelle introdotte dal legislatore con la legge n. 220 del 28 dicembre 2015 ed il d.lgs. n. 175 del 2016 (“Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica” entrato in vigore il 23 settembre 2016).

Il primo dei due provvedimenti ha inserito nel Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, d.lgs. n. 177 del 2005, l’art. 49 bis, secondo cui “*l’amministratore delegato e i componenti degli organi di amministrazione e controllo della RAI-Radiotelevisione italiana Spa sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali*”. Tale norma, evidentemente, supera in via definitiva – accogliendo la tesi opposta - l’orientamento enunciato dalla più volte citata ordinanza n. 27092 del 2009.

Il d.lgs. n. 175 del 2006 detta all’art. 12, in tema di “*responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate*”, una disciplina uniforme – evidentemente mutuata dai principi espressi dal *leading case* del 2009 – riferibile a tutte le società a partecipazione pubblica, ivi comprese quelle a statuto c.d. “singolare”.

Tale interpretazione, al di là della formulazione volutamente onnicomprensiva della norma, sembra trovare conferma a contrario anche dal comma 2 dell’art. 26, “*altre disposizioni transitorie*”.

La norma in essa contenuta, infatti, prevede una deroga espressa di applicazione del solo art. 4 ad una serie di società individuate nell’allegato A, tra cui quelle riferibili al gruppo ANAS.

La volontà del legislatore di circoscrivere la citata deroga al solo art. 4 del decreto (in tema di “*finalità perseguibili mediante l’acquisizione e la gestione di partecipazione pubbliche*”) presuppone, ragionevolmente, che le restanti norme trovino generale applicazione nei confronti di tutti i soggetti di tipo societario.

³³² Cass. SS.UU. n. 28329 del 2011 con commento di DI TODARO A. A., *La natura giuridica della RAI (ancora) al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 6, 2011, pag. 4742. Sulla natura per così dire ibrida di RAI S.p.a. si veda, inoltre, SANTONASTASO F. E., *Ancora della RAI “così com’è oggi, è un centauro, con una natura in parte umana e in parte equina”*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 5, 2010, pag. 1085.

Ulteriore argomento a contrario è, verosimilmente, desumibile dal già citato art. 12, ove l'unica categoria "sfuggita" alla giurisdizione ordinaria è rappresentata dalle società cd "*in house*", in evidente accoglimento delle coordinate interpretative sul punto espresse dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 26283 del 2013.

Tale sentenza verrà analizzata e, soprattutto, posta a vaglio critico nel successivo paragrafo.

5. IL CASO DELLE SOCIETÀ C.D. *IN HOUSE*: CASS. SS.UU. N. 22683 DEL 2013.

Dopo la più volte citata pronuncia del 2009 un'ulteriore decisivo "tassello" del mosaico in tema di riparto di giurisdizione in ordine alle fattispecie di responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica è rappresentato dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 22683 del 2013.

Tale arresto ha avuto ad oggetto l'ipotesi delle società c.d. *in house* statuendo, in controtendenza rispetto all'orientamento consolidato, la giurisdizione dei giudici contabili con riferimento ai danni al patrimonio sociale subito dalle stesse.

Vale la pena, quindi, soffermarsi brevemente sui contorni della vicenda oggetto di scrutinio e sulle motivazioni poste a fondamento della decisione.

Il caso trova origine nelle contestazioni mosse dalla Procura Contabile nei confronti del direttore generale, dei sindaci e dell'amministratore unico di una società partecipata in via totalitaria dal Comune di Civitavecchia denominata Etruria Trasporti e Mobilità S.p.a..

I soggetti in questione, secondo la tesi accusatoria, si erano resi responsabili del nocumento conseguito al patrimonio sociale per aver impegnato risorse in una non prevista attività di trasporto per conto terzi e per aver corrisposto compensi per mediazione mai avvenute in favore di una società terza di fatto riconducibile ad uno dei ricorrenti.

Il Collegio, nel prendere atto preliminarmente delle consolidate coordinate interpretative cristallizzatesi a partire dal 2009, focalizza subito l'attenzione su una "*caratterizzazione particolare*" che renderebbe peculiare il caso di specie rappresentato dalla natura *in house* del soggetto societario coinvolto.

La Corte prosegue, quindi, a verificare nel dettaglio la sussumibilità di ETM s.p.a. nel modello di società *in house* ricostruito, perlopiù in via pretoria dalla Corte di Giustizia, quale ente dotato di tre caratteristiche imprescindibili: partecipazione totalitaria delle

quote o delle azioni (anche in via congiunta) da parte di enti pubblici; sussistenza del c.d. *controllo analogo* degli enti controllanti sulla società; prevalenza dell'attività prestata dalla società in favore del socio pubblico.

Nel caso di specie i giudici, non essendovi uno specifico contraddittorio sul punto, prendono atto del fatto che ETM S.p.a. sembrerebbe in effetti corrispondere al modello in questione.

Trattasi, infatti, di società che: è stata costituita dall'ente locale che ne detiene in via totalitaria le azioni e il cui statuto prevede l'inalienabilità delle stesse; ha per oggetto sociale l'esercizio del servizio pubblico di trasporto locale e di ulteriori servizi inerenti alla mobilità urbana; svolge in via prevalente la propria attività in favore dell'ente partecipante; è soggetta da parte del socio totalitario di un controllo analogo a quello che quest'ultimo esercita sui propri servizi.

Poste tali premesse, la sentenza ripercorre sinteticamente le motivazioni sottese al noto orientamento enunciato dall'ordinanza n. 26806 del dicembre 2009.

Ribadisce, in particolare, le considerazioni svolte a suo tempo in ordine alla centralità, quale elemento dirimente ai fini del riparto, dell'evento dannoso verificatosi in via diretta a carico della pubblica amministrazione.

Il fatto che l'ente pubblico possa avvalersi per le proprie finalità a soggetti di natura privata ha come effetto la soggezione di questi ultimi, se non diversamente previsto, alle regole ordinarie previste dal codice civile, ivi comprese quelle in tema di responsabilità. Quanto al danno subito dal patrimonio sociale a seguito di condotte illecite perpetrate dai propri amministratori viene ricordato come nel caso di specie non possa configurarsi alcun danno diretto all'amministrazione pubblica stante, da una parte, l'assenza di un rapporto di servizio tra le persone fisiche incardinate nella società e l'ente socio, e, dall'altra l'esistenza di una autonomia patrimoniale di carattere assoluto.

Il danno subito, in sostanza, non ha i caratteri di danno "erariale" visto e considerato che ad essere leso è il patrimonio di un soggetto privato non "confondibile" in alcun modo con quello dell'ente pubblico di appartenenza.

Il collegio prosegue, poi, soffermandosi brevemente a richiamare alcune norme particolari destinate alle società a partecipazione pubblica "stigmatizzandone", *in primis*, la frammentarietà e l'inorganicità ed, *in secundis*, l'assoluta non idoneità delle stesse a mutare la disciplina ordinariamente prevista dal codice civile sul tema.

Un'eventuale giurisdizione di carattere erariale sarebbe ammissibile, in sostanza in sole due ipotesi: esistenza di una norma ad hoc sul punto (non esistente); assimilabilità di tali

figure societarie agli enti pubblici (soluzione preclusa dall'art. 4 della l. n. 70 del 1975 che riserva al legislatore l'istituzione di un ente pubblico).

Limite giuridicamente invalicabile al fine della eventuale configurabilità di un danno al patrimonio sociale di tipo erariale risiede nella scontata distinzione tra società di capitali ed i propri soci. Ciò anche nell'ipotesi in cui il socio sia unico.

Ecco che quindi i giudici di legittimità, poste le suddette premesse, effettuano un importante distinguo.

Le caratteristiche peculiari proprie della società *in house*, connotata come è noto dai tre requisiti imprescindibili del controllo analogo, partecipazione totalitaria ed esercizio in via prevalente della propria attività in favore dell'ente socio, impongono di verificare se, in effetti, possa trovare spazio il concetto di "alterità" socio/società.

La Corte si sofferma, quindi, sul concetto di controllo analogo evidenziando come sul punto *"quel che rileva è che l'ente pubblico partecipante abbia statutariamente il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società in house, i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica"*.

Si sottolinea, in particolare, come *"l'espressione "controllo" non allude perciò, in questo caso, all'influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria (o totalitaria) è di regola in grado di esercitare sull'assemblea della società e, di riflesso, sulla scelta degli organi sociali; si tratta, invece, di un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure un socio unico) in base alle regole dettate dal codice civile, e sino a punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonoma rilevante autonomia gestionale"*³³³.

A tale caratteristica si aggiungerebbe, altresì, un'"anomalia non piccola" rappresentata dal fatto che tale tipologia di società di capitali non sarebbero destinate, se non in via assolutamente marginale, allo svolgimento di attività imprenditoriali a fini di lucro.

Tornando in tema di controllo analogo la Corte prende atto del fatto che l'ordinamento conosca ulteriori ipotesi c.d. etero-coordinamento societario (art. 2497 c.c.) ma tale forma di direzione non sarebbe nei fatti assimilabile a quella esercitata dal socio pubblico nella società *in house* visto e considerato che nell'ipotesi disciplinata dal

³³³ In tal senso viene fatto espresso richiamo a Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1.

codice civile permane comunque una forma di autonomia gestionale in capo al soggetto societario controllato il quale mantiene il suo status di ente giuridico distinto.

Analoghe considerazioni vengono espresse con riferimento ai diritti speciali che l'atto costitutivo può riservare al socio ex art. 2469 comma 3 c.c. *“giacché neppure siffatti diritti speciali di amministrazione sono equiparabili, in presenza di un amministratore non socio, ad un rapporto di natura gerarchica da cui quest'ultimo sia vincolato, restando comunque intatto il suo primario dovere di perseguire l'interesse sociale, che conserva pur sempre un qualche grado di autonomia rispetto a quello personale del socio”*.

Siffatte premesse portano il collegio a ritenere che non sia possibile ipotizzare l'alterità della società *in house* rispetto all'ente di appartenenza in quanto trattasi di mera *longa manus* dell'amministrazione.

Una conclusione in tale senso troverebbe importante riscontro anche negli arresti recenti della giurisprudenza amministrativa e della Corte Costituzionale.

Quanto alla prima viene fatto espresso richiamo al noto precedente dell'Adunanza Plenaria del 2008 (sent. n. 1) secondo cui *“l'ente in house non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa”*.

Sulla stessa lunghezza d'onda, più recentemente, si porrebbe la Corte Costituzionale con la pronuncia n. 46 del 2013 secondo cui *“costituendo l'in house providing un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica”* è da escludere che *“l'in house contract configuri, nella sostanza, un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante ed affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la longa manus del primo”*.

In punto di giurisdizione, posta la natura di semplice comparto dell'ente pubblico della società in oggetto, viene quindi esclusa l'applicabilità degli ordinari principi formulati dalla precedente consolidata giurisprudenza.

La sussistenza di un vincolo gerarchico, la non configurabilità di una alterità soggettiva rispetto al socio partecipante, la conseguente configurabilità di un vero e proprio rapporto di servizio tra ente partecipante ed amministratori partecipata (assimilabile a quello che intercorre tra ente pubblico e *“dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico”*) impone di ritenere i patrimoni dei soggetti coinvolti come separati *“ma non di distinta titolarità”*.

Il che, secondo i giudici di legittimità, esclude di poter configurare il danno inferto al patrimonio della società quale danno indiretto.

Trattasi, invece, di danno erariale in senso stretto il cui vaglio deve essere necessariamente riservato al Giudice Contabile.

L'arresto in oggetto, che, come vedremo, troverà definitiva "consacrazione" nella formulazione definitiva dell'art. 12 del d.lgs. 175 del 2016, rappresenta senza dubbio un punto fondamentale nell'evoluzione giurisprudenziale sul tema.

Non si tratta, però, di un "fulmine a ciel sereno" rispetto agli ormai consolidati principi del *leading case* del 2009. Una soluzione in tal senso, infatti, era stata "premonizzata" da altri due precedenti della Suprema Corte dello stesso anno, in cui, nel prendere atto delle numerose sollecitazioni della giurisprudenza contabile sul tema³³⁴, i giudici avevano comunque confermato la giurisdizione ordinaria sulla base di motivazioni contingenti (assenza di requisiti dell'*in house* della società coinvolta, in un caso, e collocazione temporale delle condotte contestate in un momento storico in cui il soggetto non possedeva ancora i requisiti per essere considerato tale, in un altro³³⁵).

D'altronde i giudici contabili, dopo il duro colpo assestato dall'ordinanza n. 26806 del 2009, avevano comunque perseverato nel rivendicare la propria "quota" di giurisdizione con riferimento a tale tipologia di soggetti stante la convinzione, più volte esplicitata in plurime pronunce del periodo, che una soluzione in senso opposto avrebbe comportato un *vulnus* inaccettabile delle ingenti risorse finanziarie pubbliche coinvolte.

Le argomentazioni a supporto venivano ricavate, *in primis*, dalle numerose norme di nuova introduzione dedicate alle società partecipate ed, in particolar modo, finalizzate ad un maggior controllo e razionalizzazione della spesa pubblica³³⁶. Ci si riferisce in particolare ai già citati art. 25 comma 1 n. 5 e 6 del d.l. n. 1 del 2012³³⁷ (in tema di

³³⁴ Ex multis Corte dei Conti, Sez. giur, Friuli Venezia Giulia n. 203 del 2009; Corte dei Conti Sez. I giur. centr. app., n. 361/A del 2008; Corte dei Conti, Sez. I App., n. 568 del 2013; Corte dei Conti, sez. II App., n. 582 del 2011; Corte dei Conti Sez. Giur. Marche, n. 80 del 2013; Conti Sez. Giur. Lazio nr. 327 e 339 del 2011.

³³⁵ Ci si riferisce a Cass. SS.UU. n. 10299 e 8352 del 2013.

³³⁶ Sul punto FIMMANÒ F., *La giurisdizione sulle "società in house providing" – il commento*, in *Società*, 2014, 1, pag. 55 (nota a sentenza).

³³⁷ Secondo cui: "5. *Le società affidatarie in house sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite dal decreto ministeriale previsto dall'articolo 18, comma 2-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni. L'ente locale o l'ente di governo locale dell'ambito o del bacino vigila sull'osservanza da*

responsabilità amministrativa derivante dalla illegittima conclusione dei contratti in violazione delle previste modalità di approvvigionamento), all'art. 4 comma 12 d.l. n. 95 del 2012³³⁸ (in tema di revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini), all'art. 6 commi 3 e 4³³⁹ dell'ultimo decreto legge citato (in tema di estensione dei poteri ispettivi statali e di rendiconto di gestione) e l'art. 3 comma 4 del d.l. n. 174 del 2012 (che ha introdotto l'art. 147 ter del TUEL in tema controlli e bilancio consolidato).

Sotto il profilo sostanziale, poi, venivano valorizzati alcuni aspetti tipici dell'*in house* idoneo a differenziarlo, con conseguenti ricadute in punto di giurisdizione, dalle ordinarie società a partecipazione pubblica rimarcando, in particolare, la riconducibilità di tale tipologia di enti a meri modelli organizzatori della P.A. nonché *“la sostanziale immedesimazione della società stessa con la pubblica amministrazione per la quale opera”*³⁴⁰.

parte delle società di cui al periodo precedente dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno. 6. Le società affidatarie in house sono tenute all'acquisto di beni e servizi secondo le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni. Le medesime società adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché delle disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitarie e per le consulenze anche degli amministratori”;

³³⁸ Secondo cui: “12. Le amministrazioni vigilanti verificano sul rispetto dei vincoli di cui ai commi precedenti; in caso di violazione dei suddetti vincoli gli amministratori esecutivi e i dirigenti responsabili della società rispondono, a titolo di danno erariale, per le retribuzioni ed i compensi erogati in virtù dei contratti stipulati”.

³³⁹ Secondo cui: “3. Fermo restando quanto previsto da altre disposizioni legislative, il potere ispettivo attribuito dalla vigente normativa al Dipartimento della funzione pubblica ed al Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato nei confronti delle amministrazioni pubbliche è esteso alle società a totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta, con riferimento agli obblighi previsti dall'articolo 4, commi 4, 5, 9, 10, e 11 del presente decreto. 4. A decorrere dall'esercizio finanziario 2012, i Comuni e le Province allegano al rendiconto della gestione una nota informativa contenente la verifica dei crediti e debiti reciproci tra l'Ente e le società partecipate. La predetta nota, asseverata dai rispettivi organi di revisione, evidenzia analiticamente eventuali discordanze e ne fornisce la motivazione; in tal caso il Comune o la Provincia adottano senza indugio, e comunque non oltre il termine dell'esercizio finanziario in corso, i provvedimenti necessari ai fini della riconciliazione delle partite debitorie e creditorie” (il comma 4 risulta ad oggi abrogato a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 126 del 2014).

³⁴⁰ Conti Sez. Giur. Marche, n. 80 del 2013

Tornando ai contenuti dell'ordinanza n. 22683 del 2013 vale ora la pena soffermarsi sui plurimi aspetti critici rilevati da più fronti dalla cospicua letteratura sul tema³⁴¹.

La decisione in questione, infatti, al di là della condivisibilità o meno delle conclusioni raggiunte in punto di giurisdizione, presenta aspetti di debolezza sia con riferimento alle coordinate astratte di individuazione del soggetto c.d. *in house*, sia con riferimento all'effettiva sussumibilità del modello delineato al soggetto giuridico protagonista del contenzioso.

Con riferimento a tale ultimo aspetto vale la pena evidenziare sì da subito come la società Etruria Trasporti e Mobilità S.p.a. sembri essere ben lontana, sotto il profilo strutturale, dal "tipo" societario che la pronuncia le ha riconosciuto.

Complice, forse, la circostanza che la sussistenza dei requisiti dell'*in house* nel caso di specie non era oggetto di esplicita contestazione, rimane il fatto che le caratteristiche riconosciute dalla Corte a E.T.M. S.p.a. non sembrano trovare pronta corrispondenza nello statuto di tale società.

³⁴¹ Ex multis si sgenalano: IBBA C., *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 1, 2014, pag. 13; SARDELLI S., *Danno diretto o indiretto: la Suprema Corte ribadisce il discrimen tra giurisdizione contabile e ordinaria*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 3, 2015, pag. 464; CODAZZI E., *La giurisdizione sulle società c.d. in house: spunti per una riflessione sul tema tra "anomalia" del modello e (in)compatibilità con il diritto societario*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 2, 2015, pag. 236; DI LULLO M., *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica e giurisdizione della Corte dei Conti: (soltanto) le società in house che gestiscono servizi pubblici sono pubbliche amministrazioni?*, in *Foro Amm. (II)*, fasc. 10, 2014, pag. 2498; VETRO A., *Evoluzione della problematica sulla giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori e dipendenti delle società partecipate dagli enti pubblici, con particolare riguardo a quelle c.d. in house*, 2014, <http://www.respamm.it/dot-49-1-giurisdizione-corte-conti-su-amministratori-e-dipendenti-societa-partecipate-in-house/>; VESSIA F., *Società in house providing e procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2015, 2, pag. 10142; DEL GATTO S., *Le società pubbliche e le norme di diritto privato*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2014, 5, pag. 489; FIMMANÒ F., *La giurisdizione sulle "società in house providing" – il commento*, in *Società*, 2014, 1, pag. 55 (nota a sentenza); IBBA C., *Società a partecipazione pubblica e responsabilità erariale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, 2, pag. 10443; PECORARO C., *Pubblico e privato nella governance delle società partecipate: fermenti ed incertezze nel quadro di riferimento*, in *Dir. Fall.*, 2014, 6, pag. 20701; IBBA C., *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, 3, pag. 10511; ANDREIS M., *Società in house e giurisdizione contabile - il commento*, in *Urbanistica e Appalti*, 2014, 4, pag. 395; TORCHIA L., *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, 3, pag. 326; SALVATO L., *Responsabilità degli organi sociali delle società in house, Fallimento*, 2014, 1, pag. 33; CERIONI F., *La cassazione procede alla riqualificazione soggettiva delle "società pubbliche" iniziando da quelle "in house"*, in *Società*, 2014, pagg. 953 e ss..

Viene sottolineato³⁴², ad esempio, come non risponda al vero che “*lo statuto inibisca la possibilità di cessioni ai privati delle partecipazioni*”. L’art. 6 dello stesso, pur prevedendo un diritto di prelazione, consente espressamente la trasferibilità delle azioni. Analogamente non trova fondamento la considerazione secondo cui “*l’ente pubblico partecipante abbia statuatariamente il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società*”.

Lo statuto in oggetto non sembra contenere riferimenti che corroborino tale asserzione visto e considerato che ex art. 13 e 14 gli amministratori sono eletti dall’assemblea e non sembrano assoggettati ad alcuna forma di controllo diversa da quelle disciplinate dal codice civile. Manca, inoltre, ogni riferimento alla sussistenza di un “controllo analogo” sussistendo, anzi, un esplicito rinvio all’art. 2380 bis c.c. in tema di amministrazione della società.

Prescindendo, comunque, dal caso pratico e venendo, quindi, ai contenuti delineati in via astratta dalla pronuncia è da premettere sin da subito come le conclusioni raggiunte non siano convincenti.

Come, infatti, evidenziato da acuta dottrina³⁴³ appare fondata “*l’impressione che in questa decisione i concetti (e gli istituti) giuridici siano stati piegati al raggiungimento di una decisione precostituita a monte del ragionamento svolto*” e le criticità sopra sottolineate in ordine alla sussumibilità delle conclusioni raggiunte al caso concreto ne sono sintomo evidente.

Al di là, infatti, della considerazione di carattere sistematico secondo cui il quadro delineato si porrebbe in evidente antitesi con una norma definita “di chiusura del sistema” contenuta nell’art. 3 comma 13 del d.l. n. 95 del 2012³⁴⁴ (già richiamato con riferimento alle critiche mosse alle pronunce in tema di società a “statuto singolare”), vale la pena evidenziare nel dettaglio come i passaggi sicuramente più problematici della pronuncia riguardino, da una parte, il concetto di “controllo analogo” così come

³⁴² IBBA C., *Responsabilità erariale e società in house*, op cit..

³⁴³ DEL GATTO S., *Le società pubbliche e le norme di diritto privato*, op. cit..

³⁴⁴ Secondo cui “*le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali*” (il comma in questione risulta ad oggi abrogato a seguito della recentissima entrata in vigore del d.lgs. n. 175 del 2016).

ipotizzato dalla Corte e, dall'altra, l'asserita assenza in capo alla società *in house* di una propria soggettività giuridica distinta da quella dell'ente o enti partecipanti.

In merito al primo punto viene, condivisibilmente, rimarcato da più fronti come la concezione di "controllo analogo" modellata sullo schema del rapporto gerarchico non trovi corrispondenza nella concezione espressa a livello comunitario e, soprattutto, si ponga in grave frizione con la normativa civilistica in tema di amministrazione societaria.

Il richiamo al concetto di "gerarchia" (modello, peraltro obsoleto in ambito amministrativo ad eccezione fatta, forse, per l'ambito militare) fa riferimento ad un modello di "controllo" non sovrapponibile a quello, sicuramente meno rigoroso, delineato in più occasioni dalla Corte di Giustizia³⁴⁵. Se è pur vero, infatti, che il "controllo analogo" viene identificato in una forma di "*influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata*"³⁴⁶ che si concretizza in "*poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale*"³⁴⁷, è altrettanto vero che tale ingerenza non deve spingersi necessariamente al punto da annullare in toto il potere gestionale in capo agli amministratori (così come prospettato dalla decisione in questione).

Ragionare in senso diverso, così come sembra fare la Corte di Legittimità, porta con sé l'innegabile conseguenza di dover considerare come effettivi responsabili del danno erariale derivante dalla *mala gestio* i soli rappresentanti degli enti pubblici partecipanti cui è riferibile il controllo analogo o, più correttamente, il potere gerarchico. Solo nei loro confronti, infatti, è possibile configurare l'elemento fondante di ogni forma di responsabilità rappresentato dall'esigibilità di un comportamento diverso da quello tenuto.

Che, peraltro, una forma diretta di responsabilità, almeno concorrente, degli amministratori dell'Ente Socio sussista nell'ipotesi di esercizio del controllo analogo è un dato ormai assodato nella recente giurisprudenza contabile.

³⁴⁵ In tal senso IBBA C., *Responsabilità erariale e società in house*, op. cit. e CODAZZI E., *La giurisdizione sulle società c.d. in house: spunti per una riflessione sul tema tra "anomalia" del modello e (in)compatibilità con il diritto societario*, op. cit..

³⁴⁶ Art. 12, direttiva 2014/24/UE.

³⁴⁷ C.d.s. in Adunanza Plenaria n. 1 del 2008.

Si richiama in tal senso la recente pronuncia della Corte dei Conti Sez. Lombardia³⁴⁸ secondo cui *“l’esercizio dei poteri concretanti il c.d. controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici integra, senza bisogno di ulteriori accertamenti, gli estremi dell’attività di direzione e coordinamento prevista dalla disciplina civilistica e conseguentemente l’azione del procuratore contabile appare ammissibile in quanto diretta ad ottenere il risarcimento del danno arrecato a società c.d. in house dai rappresentanti dell’ente socio, sia in sede di adozione dei provvedimenti amministrativi di autorizzazione al compimento dell’operazione di riduzione volontaria del capitale sociale, che di voto nelle assemblee straordinarie della società che la hanno concretamente deliberata”*.

Un modello siffatto, al di là delle difficoltà ontologica di poter ipotizzare una qualche forma di responsabilità erariale in capo ad un soggetto privo di ogni autonomia gestionale, si pone, poi, in evidente frizione con la normativa civilistica dedicata all’amministrazione delle società di capitali ed in particolare delle S.p.a..

In tema, alcuni autori, hanno suggestivamente sottolineato come *“per realizzare il controllo analogo”* nei termini formulati dalla Suprema Corte *“occorrerebbe scardinare i principi fondanti dell’assetto gestorio tipico del diritto azionario...(omissis)...ma il punto è che nessuna norma, né interna, né comunitaria autorizza il superamento di norme imperative della disciplina codicistica al fine di ottenere il controllo analogo, e nessuna norma attribuisce agli enti locali, in relazione alle società affidatarie dirette di servizi, alcuna potestà normativa che li abiliti al diritto comune”*³⁴⁹.

Ciò posto l’unica soluzione potrebbe essere astrattamente ravvisata nell’utilizzo di meccanismi di controllo contrattuale o parasociale (con il limite di durata quinquennale) che però non consentirebbero di “creare” un modello effettivamente gerarchico nei termini enunciati³⁵⁰.

³⁴⁸ Corte dei Conti, sez. contr. Lombardia n. 20 del 26 gennaio 2015 commentata da ASTEGIANO G., *Società pubbliche insolvenza e responsabilità*, op. cit., pag. 322 e ss..

³⁴⁹ IBBA C., *Responsabilità erariale e società in house*, op cit..

³⁵⁰ Sul punto DI LULLO M., *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica e giurisdizione della Corte dei Conti: (soltanto) le società in house che gestiscono servizi pubblici sono pubbliche amministrazioni?*, op. cit., il quale evidenzia come in dottrina non manchino voci che ritengono di fatto impossibile configurare una forma di controllo analogo nelle S.p.a. in quanto tale tipo di società impedirebbe *“per sua natura un controllo invasivo del socio sull’amministrazione di tal fatta”*.

Tali argomenti, per il vero, sembrerebbero ad oggi superati alla luce del testo definitivo dell'art. 16 del d.lgs. 175 del 2016 (Testo Unico delle Società Partecipate) il quale, nel definire sul piano positivo il concetto di "controllo analogo", introduce sia la possibilità espressa di derogare in via statutaria alle norme in tema di amministrazione delle S.p.a. (2380 bis e 2409 nonies c.c.), sia quella di procedere alla stipula di patti parasociali con durata non limitata in deroga all'art. 2341 vis comma I c.c..

Ulteriore aspetto critico della decisione in disamina risiede, come già detto, nell'asserita assenza di alterità del soggetto *in house* rispetto all'ente socio. La società controllata, al di là della forma giuridica, si identificherebbe, secondo i giudici di legittimità, in una mera propaggine organizzativa dell'ente pubblico di riferimento con conseguente riferibilità del suo patrimonio a quest'ultimo.

Nel caso di specie la Corte di Cassazione, stante le conclusioni raggiunte nel 2009, non poteva evidentemente recuperare gli argomenti utilizzati con riferimento alle società a "statuto singolare" al fine di procedere ad una "entificazione" delle società *in house*.

Il limite invalicabile dell'art. 4 della legge n. 70 del 1975 e l'assenza di deroghe importanti sul piano positivo che giustificassero una qualificazione dei soggetti formalmente societari quali enti pubblici hanno imposto una ricostruzione del fenomeno in termini diversi.

La tesi della "non alterità" trova felice sponda in una importante pronuncia della Corte Costituzionale³⁵¹ ove si afferma in maniera chiara come "*l'in house contract configuri, nella sostanza, un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante ed affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la longa manus del primo*".

Conclusione siffatta, però, si scontra in primo luogo con il dato positivo ricavabile dalla stessa normativa comunitaria.

Da più fronti³⁵², infatti, viene condivisibilmente fatto notare come una ricostruzione di questo tipo non trovi corrispondenza, ad esempio, nelle previsioni contenute nel regolamento CE n. 1370 del 2007 (concernente i servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e ferrovia), ove, legittima il principio dell'aggiudicazione senza gara "*ad un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture*"³⁵³.

³⁵¹ Corte Cost. n. 46 del 2013.

³⁵² Ex multis IBBA C., *Responsabilità erariale e società in house*, op cit..

³⁵³ Reg. CE 1370 del 2007, art. 5.2.

Frizioni evidenti si registrano, poi, con la normativa del codice civile in tema di iscrizione nel registro delle imprese dove all'art. 2331 c.c., in linea teorica applicabile anche alle società c.d. *in house*, è previsto espressamente che dalla stessa consegua l'acquisto della personalità giuridica. Sul punto, anche ipotizzando una eventuale disapplicazione di tale norma con riferimento ai soggetti societari in questione, bisogna necessariamente evidenziare le potenziali problematiche applicative che potrebbero derivare da una acquisizione dei requisiti dell'*in house* in un momento successivo a quello dell'iscrizione nel registro delle imprese con conseguenti gravi, quanto ovvie, ricadute in ordine al legittimo affidamento dei terzi che con tale società si interfacciano. L'incoerenza della tesi in oggetto trova, peraltro, ulteriore riscontro nella consolidata prassi dell'Agenzia delle Entrate in ordine alla problematica sollevata da più fronti sul tema dell'imponibilità o meno ai fini IVA delle prestazioni rese in favore dell'ente partecipante.

In un nota risoluzione del 2007³⁵⁴, i cui contenuti sono stati ribaditi da altra più recente risoluzione del 2014³⁵⁵, l'Amministrazione Finanziaria, a fronte dell'interpello di un soggetto che sosteneva la non imponibilità IVA dei servizi prestati dalla società in ragione della non sussistenza di un rapporto contrattuale tra due soggetti distinti (trattandosi, al contrario, di una relazione di tipo organico), replicava affermando che la prospettazione non era condivisibile trattandosi la società *in house* di un "*soggetto giuridicamente distinti dall'ente locale che la controlla*" con la conseguente sussistenza di tutti i presupposti per assoggettare ad IVA le prestazioni di servizi fornite da quest'ultima³⁵⁶.

Prescindendo comunque dai numerosi spunti di diritto positivo in senso opposto, vale la pena in questa sede soffermarsi, altresì, sui problematici corollari applicativi che deriverebbero dal qualificare il soggetto "*in house*" quale mera propaggine organizzativa dell'ente partecipante cui sarebbe legato da un mero rapporto di delega interorganica.

³⁵⁴ Risoluzione n. 37 del 8 marzo 2007.

³⁵⁵ Risoluzione n. 56/E del 30 maggio 2014.

³⁵⁶ I provvedimenti di prassi in questione, ad onore del vero, specificano espressamente che la prospettazione fornita trova sua applicazione nel solo ambito tributario. Tale circostanza, però, si pone in assoluta coerenza con quell'approccio settoriale che dovrebbe caratterizzare la disciplina dell'*in house* (limitandone la rilevanza ai soli fini dell'evidenza pubblica e non in altri ambiti quali, ad esempio, la responsabilità degli amministratori).

Un primo aspetto di assoluto rilievo concerne la questione della fallibilità o meno delle società c.d. *in house*.

Vale la pena qui di seguito ripercorrere brevemente il dibattito sul tema in quanto collegato a “filo doppio” con la problematica del riparto di giurisdizione con riferimento alla responsabilità degli amministratori delle società partecipate³⁵⁷.

Tradizionalmente si distinguono due opposti orientamenti: un primo, più condivisibile, che, mutuando parte delle argomentazioni già utilizzate dalla dottrina “pan-privatista” in ordine al riconoscimento della giurisdizione ordinaria per le ipotesi di responsabilità delle figure apicali, ammette senza mezzi termini l’assoggettabilità alle procedure concorsuali delle società pubbliche trattandosi di soggetti che, essendo muniti di veste “societaria” ed in assenza di deroghe espresse, sono pacificamente riconducibili alle entità cui fa riferimento l’art. 1 della legge fallimentare (che esclude dalla disciplina i soli enti pubblici); un secondo, invece, esclude tale possibilità proprio per le peculiarità che caratterizzerebbero le società partecipate.

Quest’ultimo orientamento conosce due filoni.

Un tesi c.d. tipologica che tende ad identificare le società pubbliche (ed in particolare quelle c.d. *in house*) quali veri e propri enti pubblici esclusi dal già citato art. 1 l.f. Tale linea di pensiero, analogamente a quanto avvenuto in tema di riparto di giurisdizione, trova spunto nella valorizzazione delle caratteristiche rinvenibili in tali società che le renderebbero assolutamente peculiari rispetto ai modelli ordinari di cui al Titolo V del codice civile da cui erediterebbe solo la veste formale.

Un secondo approccio c.d. “funzionale” fa leva sull’impossibilità di poter assoggettare tali società a fallimento in ragione alla tipologia di servizio pubblico espletato il quale, a seguito dell’applicazione della procedura concorsuale, si troverebbe di fronte al duplice rischio di vedere, da una parte, sotto il profilo gestionale il subentro di un soggetto privato (il curatore o il commissario straordinario) estraneo all’amministrazione e, dall’altra, il rischio di una interruzione del servizio a seguito dell’attività liquidatoria. La tesi in questione conosce, poi, alcune varianti che valorizzano, da una parte, la distinzione tra servizio pubblico non essenziale ed essenziale (riconoscendo la possibilità di fallimento nella sola prima ipotesi) e, dall’altra, la prospettiva o meno di

³⁵⁷ Per una ricostruzione del dibattito si vedano, ex multis, IBBA C., *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, op. cit.; CODAZZI E., *La giurisdizione sulle società c.d. in house: spunti per una riflessione sul tema tra “anomalia” del modello e (in)compatibilità con il diritto societario*, op. cit.; VESSIA F., *Società in house providing e procedure concorsuali*, op. cit..

una continuazione aziendale (cosa che comporterebbe la possibilità di applicazione del solo concordato preventivo che, di fatto, non esautora l'ente partecipante nella gestione).

Tale filone “pan-pubblicistico”, allo stato recessivo e superato dalla giurisprudenza più recente sul tema, ha trovato sicura linfa nelle conclusioni formulate dalla Corte di Cassazione nell'ordinanza oggetto di esame. L'idea, infatti, di una società *in house* quale soggetto privo di una propria soggettività giuridica rispetto all'Ente che lo partecipa consentirebbe di “neutralizzare” la sua forma societaria per ricondurlo alla figura di ente pubblico esentato dal fallimento ex art. 1 l.f..

La tesi testé citata, per quanto suggestiva, non può evidentemente trovare accoglimento. La natura formalmente privata del soggetto, la sua soggezione all'iscrizione del registro delle imprese ex art. 2331 c.c. (con i conseguenti effetti pubblicitari verso terzi), l'assenza di deroghe espresse sul tema, sono solo alcuni degli argomenti che possono legittimare l'interprete a condividere la prospettazione opposta.

Ragionare in senso contrario, e quindi accogliere l'idea di un soggetto non distinto dall'ente pubblico, comporterebbe dei riflessi applicativi problematici soprattutto in termini di estensione della responsabilità dell'ente partecipante con riferimento alle obbligazioni contratte dalla società *in house*.

La cosa, evidentemente, non è ipotizzabile visto e considerato che la *ratio* normalmente sottesa alla creazione di una società partecipata è proprio quella di sganciare l'erogazione di un servizio dalla logica, infinitamente più dispendiosa (almeno in astratto), del fondo di dotazione e beneficiare della responsabilità limitata.

Pare chiaro, insomma, come l'ipotesi della “non alterità” appaia decisamente fragile e priva di ogni aggancio positivo a sostegno.

A fronte, però, di una dottrina tendenzialmente allineata nello stigmatizzare le debolezze della pronuncia del 2013, bisogna dare atto, per onor di cronaca, dell'esistenza di alcune posizioni, soprattutto nell'ambito della magistratura contabile³⁵⁸, favorevoli all'orientamento al punto da auspicarne un'applicazione in senso estensivo e non semplicemente limitata all'ipotesi delle società *in house*.

Si rappresenta, in particolare, come lo schema argomentativo sposato dalle Sezioni Unite potrebbe essere pacificamente replicabile a tutte le ipotesi di società a

³⁵⁸ Come ad esempio VETRO A., *Evoluzione della problematica sulla giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori e dipendenti delle società partecipate dagli enti pubblici, con particolare riguardo a quelle c.d. in house*, op. cit..

partecipazione pubblica totalitaria. Mutuando le conclusioni espresse in più occasioni dalla più recente giurisprudenza amministrativa³⁵⁹ secondo cui il modello dell'*in house* non rappresenterebbe un'eccezione ma una modalità organizzativa alternativa alla gestione di un servizio, viene sottolineato come l'escludere l'applicazione dei principi dell'ordinanza del novembre 2013 alle società totalmente partecipate comporterebbe un concreto rischio di "forum shopping" visto e considerato che l'ente partecipante sarebbe in grado di scegliersi il tipo di giurisdizione a seconda del modello organizzativo adottato.

Tale prospettiva si porrebbe, poi, in assoluta coerenza con la stretta necessità di garantire una tutela adeguata delle risorse pubbliche investite nelle società partecipate.

Spinte in senso espansivo si ravvisano, poi, anche nella più recente giurisprudenza della Corte di Conti. Si segnala su tutti un recentissimo arresto del 2015 della Sez. I. Giur. Centr. D'Appello³⁶⁰ il quale, oltre a "riciclare" alcune argomentazioni ormai recessive (quali ad esempio l'asserita validità dell'interpretazione a contrario del più volte citato art. 16 bis l. n. 31 del 2008³⁶¹) offre comunque spunti innovativi in ordine all'"estensibilità" delle conclusioni raggiunte dalle SS.UU. del 2013 ad altre ipotesi di soggetti non riconducibili necessariamente al modello dell'*in house* ma che condividano con lo stesso la natura "non market" dell'attività.

Il fulcro del ragionamento risiede nel fatto che limitare l'applicabilità dei principi formulati dalla Corte di Cassazione alle sole ipotesi di società c.d. *in house* secondo i rigorosi limiti individuati dall'ordinanza del 2013 si porrebbe in conflitto con il dato positivo di matrice comunitaria e potrebbe lasciare spazio ad inammissibili forme di "elusione".

Il caso oggetto di esame riguardava una società erogatrice di servizi pubblici (SO.GE.MI.S.p.a) partecipata in via quasi totalitaria da enti pubblici ed in minima parte (0,03 %) da soggetti di natura privata.

Il giudice di primo grado aveva escluso la giurisdizione della magistratura contabile in virtù del fatto che non trattandosi di ente avente forma societaria a partecipazione

³⁵⁹ In tal senso, ad esempio, Consiglio di Stato n. 762 del 2013.

³⁶⁰ Sentenza n. 78 del 20 febbraio 2015, con nota di PERIN M., disponibile su www.lexitalia.it.

³⁶¹ Su tale tema si afferma che: "*Innanzitutto con riferimento alla previsione legislativa di cui all'art. 16-bis della legge n. 31/2008 (con cui è stato convertito il d.l. n. 248/2007), non si potrebbe negare che si tratti di norma che presuppone la giurisdizione contabile. Tale significato ermeneutico emergerebbe dagli stessi lavori preparatori alla legge di conversione del decreto legge n. 248/2007*".

totalitaria difettassero i rigorosi presupposti individuati sul punto dalla giurisprudenza di legittimità.

La Corte dei Conti, Sez. Centrale D'Appello non condivide tale conclusione ritenendo che il fenomeno debba essere letto in una nuova prospettiva fondata sulla distinzione tra società c.d. "market" (finanziata da risorse proprie e che opera in regime di concorrenza) e c.d. "non market" (finanziata da risorse pubbliche e che opera in regime non concorrenziale).

Ragionare diversamente comporterebbe, in primo luogo, una facile elusione della giurisdizione contabile (sicuramente più incisiva sul piano del recupero delle risorse pubbliche) attraverso la semplice sottoscrizione di quote infinitesimali in favore di soggetti privati tali da far venir meno il requisito della partecipazione totalitaria.

Sul punto viene suggestivamente evidenziato come in ipotesi siffatte si configurerebbero dei veri e propri negozi in frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 c.c..

A questo punto la Corte, dopo aver peraltro sottolineato come il concetto di partecipazione totalitaria sia da ritenersi comunque recessivo rispetto alle nuove direttive comunitarie recentemente emanate in tema di appalti pubblici³⁶², propone un approccio per così dire sostanziale che valorizzi la vocazione non commerciale della società, alimentata da risorse della collettività, che eroga servizi pubblici con conseguente sua assimilazione al concetto di Amministrazione Pubblica ai fini del riparto di giurisdizione.

Secondo i giudici contabili *"un'interpretazione che assegnasse al Giudice ordinario la giurisdizione sui danni a società partecipate da enti pubblici potrebbe determinare, se trattasi di società deputate allo svolgimento di servizi pubblici, la violazione dei*

³⁶² Ci si riferisce, in particolare, alla direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 il cui art. 12 ripercorre il concetto dell'*in house* cristallizzando le seguenti condizioni: "a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata". Aperture in ordine alla possibilità di partecipazione di capitali privati in società c.d. *in house* si ritrovano anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia ed, in particolare, C-573/07 del 10 settembre 2009.

fondamenti costituzionali e degli stessi principi del diritto UE, con la responsabilità dello Stato-giudice per inadempimento dei principi del diritto comunitario”.

Verrebbe in rilievo, in particolare, un complesso normativo rappresentato dagli “*artt. 117 e 119 Cost. e l’art. 126 del Trattato dell’Unione europea (ex art. 104 TCE), unitamente al Protocollo n. 12 sui disavanzi pubblici eccessivi, i Regolamenti del Consiglio del 17 giugno 1997, n. 1446 e 1447, la Risoluzione del Consiglio 17 giugno 1997, n. 97/C (Patto di stabilità e crescita comunitario); il Regolamento del Consiglio europeo del 25 giugno 1996, n. 2223/96 sul conto economico consolidato delle Pubbliche amministrazioni (c.d. sistema SEC/95, pro-tempore in vigore e successivamente sostituito dal SEC 2010³⁶³)*” che avrebbe come necessario postulato “*un controllo magistratuale, o comunque indipendente e neutrale, su tutte le gestioni pubbliche*” finalizzato a “*verificare, con trasparenza e tracciabilità, l’esistenza di gestioni inefficienti e diseconomiche di risorse pubbliche*”.

Sul piano domestico vengono, poi, prontamente valorizzate numerose disposizioni introdotte negli anni che, da una parte, confermerebbero l’assunto secondo cui “*le S.p.A. a totale partecipazione pubblica, diretta e indiretta (e loro controllate), anche se non formalmente in house, devono in via di principio essere considerate, ai fini della tutela dell’integrità economica e finanziaria complessiva del sistema-Paese, alla stregua di vere e proprie pubbliche amministrazioni (anche se, ovviamente, non sono tali)*” e, dall’altra, dimostrerebbero inequivocabilmente l’*” intimo rapporto fra il patrimonio della società partecipata e quello dell’ente pubblico azionista – totalitario o (anche qui) solo maggioritario –“.*

³⁶³ La definizione di Amministrazione Pubblica così come delineata nel Sistema Europeo dei Conti viene ripresa dall’ISTAT che è tenuto ogni anno a redigere l’elenco delle amministrazioni pubbliche in forza dell’art. 1 comma 2, l. n. 196 del 2009 secondo cui “*ai fini della applicazione delle disposizioni in materia di finanza pubblica, per amministrazioni pubbliche si intendono, per l’anno 2011, gli enti e i soggetti indicati a fini statistici nell’elenco oggetto del comunicato dell’Istituto nazionale di statistica (ISTAT) in data 24 luglio 2010, pubblicato in pari data nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 171, nonché a decorrere dall’anno 2012 gli enti e i soggetti indicati a fini statistici dal predetto Istituto nell’elenco oggetto del comunicato del medesimo Istituto in data 30 settembre 2011, pubblicato in pari data nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 228, e successivi aggiornamenti ai sensi del comma 3 del presente articolo, effettuati sulla base delle definizioni di cui agli specifici regolamenti dell’Unione europea, le Autorità indipendenti e, comunque, le amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni*”.

Riferimento esplicito in tal senso viene fatto a: art. 2 comma 2 l. n. 94 del 2012 in tema di disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica³⁶⁴; art. 4 comma 12 d.l. n. 95 del 2012 in tema di disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica e rafforzamento patrimoniale delle imprese bancarie³⁶⁵; art. 1, commi 551 e seguenti, della legge di stabilità per il 2014 (n. 147 del 2013), in tema di risanamento finanziario degli enti locali che abbiano in gestione partecipazioni societarie, che ha introdotto espresse ipotesi di responsabilità erariale.

Il quadro sopra delineato nel suo complesso portano la Corte a concludere che la giurisdizione contabile non debba essere riconosciuta nelle sole ipotesi di *mala gestio* degli amministratori di società *in house* in senso stretto ma anche in tutte quelle che vedano coinvolte società “a respiro pubblico”, “*non market*” ed alimentate parte preponderante da risorse finanziarie pubbliche.

Orientamento siffatto, per quanto ricco di spunti suggestivi, non può trovare condivisione in quanto, ad avviso di chi scrive, non pare comunque in grado di superare i ragionevoli principi espressi dall’ordinanza della Sezione Unite n. 26806 del 2009.

La stessa normativa intervenuta successivamente, ed in particolare il d.lgs. 175 del 2016, non sembra dare alcun credito alle argomentazioni sopra formulate facendo al contrario, come vedremo, una scelta di campo decisa in punto di giurisdizione e riservando un “trattamento” in senso diverso alle sole società *in house* così come ridefinite dall’art. 16 del medesimo decreto.

³⁶⁴ Secondo cui “tra le amministrazioni pubbliche sono incluse tutte le amministrazioni, autorità, anche indipendenti, organismi, uffici, agenzie o soggetti pubblici comunque denominati e gli enti locali, nonché le società a totale partecipazione pubblica diretta e indiretta e le società non quotate controllate da soggetti pubblici nonché, limitatamente alla spesa sanitaria, le amministrazioni regionali commissariate per la redazione e l’attuazione del piano di rientro dal disavanzo sanitario. Alle società a totale partecipazione pubblica e alle loro controllate che gestiscono servizi di interesse generale su tutto il territorio nazionale la disciplina del presente decreto si applica solo qualora abbiano registrato perdite negli ultimi tre esercizi”.

³⁶⁵ Secondo cui, in tema di erogazione di compensi indebiti in favore dei dipendenti delle società partecipate, “in caso di violazione dei suddetti vincoli gli amministratori esecutivi e i dirigenti responsabili della società rispondono, a titolo di danno erariale, per le retribuzioni ed i compensi erogati in virtù dei contratti stipulati”.

6. LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ PUBBLICHE DOPO IL D.LGS. N. 175 DEL 19 AGOSTO 2016 “TESTO UNICO IN MATERIA DI SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA”.

La c.d. “Riforma Madia”³⁶⁶ dell’agosto 2015, nella prospettiva di procedere ad una decisa razionalizzazione e semplificazione della normativa inerente le amministrazioni pubbliche, ha introdotto nell’art. 12 un esplicito riferimento alla questione del regime di responsabilità delle società a partecipazione pubblica.

La norma in questione, con il dichiarato fine “*di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione e promozione della concorrenza*”, prende evidentemente atto delle importanti oscillazioni giurisprudenziali sul punto e prevede alla lettera c), tra i criteri direttivi della delega, la necessità di procedere all’individuazione di “*una precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate*”.

La disposizione citata fornirà quindi l’impulso per l’inserimento all’interno del d.lgs. n. 175 del 2016³⁶⁷ dell’art. 12 rubricato “*Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate*”.

La formulazione definitiva della norma in questione ha avuto un percorso non del tutto lineare avendo subito, come vedremo, importanti modifiche rispetto al testo originariamente ipotizzato.

Lo schema del decreto legislativo reso disponibile nell’aprile del 2016 recava il seguente testo:

“1. I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salvo il danno erariale.

2. Costituisce danno erariale esclusivamente il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che abbiano con dolo o colpa grave trascurato di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando il valore della partecipazione.”.

³⁶⁶ Legge delega n. 124 del 7 agosto 2015, pubblicata in G.U. in data 13 agosto 2015, “*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*”.

³⁶⁷ Pubblicato in G.U. l’8 settembre 2016 ed entrata in vigore il 23 settembre 2016.

Ad una prima lettura pare evidente l'influenza della giurisprudenza di legittimità sull'articolo in questione. Il contenuto sembra ricalcare, infatti, i principi espressi a più riprese dalla Corte di Cassazione negli ultimi anni ed inaugurati dal più volte citato *leading case* del 2009.

In particolare, nel primo comma, il legislatore cristallizza un concetto, peraltro già desumibile dai principi generali in materia di società di capitali, in virtù del quale gli organi amministrativi delle società sono soggetti alle ordinarie norme previste dal Libro V del codice civile.

Il secondo comma è dedicato, invece, alla definizione del c.d. danno erariale che sfugge alla giurisdizione ordinaria. La sua configurabilità è circoscritta all'ipotesi di danno c.d. diretto all'ente socio (come ad es. il danno all'immagine) ed all'ipotesi di nocumento derivante dal negligente comportamento dei rappresentanti degli enti soci che con dolo o colpa grave abbiano omesso di esercitare le proprie prerogative riconosciute dal codice civile al fine di scongiurare la perdita di valore della partecipazione. Tale ultima ipotesi pare un'evidente "parafrasi" di quanto statuito chiaramente dalla giurisprudenza di legittimità successiva al 2009 secondo cui *"trattandosi di società a partecipazione pubblica, il socio pubblico è di regola in grado di tutelare egli stesso i propri interessi sociali mediante l'esercizio delle suindicate azioni civili. Se ciò non faccia e se, in conseguenza di tale omissione, l'ente pubblico abbia a subire un pregiudizio derivante dalla perdita di valore della partecipazione, è sicuramente prospettabile l'azione del procuratore contabile nei confronti (non già dell'amministratore della società partecipata, per il danno arrecato al patrimonio sociale, bensì nei confronti) di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio ed abbia perciò pregiudicato il valore della partecipazione. Ed è ovvio che, con riguardo ad un'azione siffatta, vi sia piena competenza giurisdizionale della Corte dei conti"*³⁶⁸.

La formulazione sopra richiamata, come osservato istituzionalmente da più fronti, lasciava spazio ad alcuni dubbi interpretativi.

In primo luogo è stata evidenziata la necessità di specificare al comma II la natura "diretta" del danno subito dall'ente partecipante. A tal fine la Commissione Speciale del Consiglio di Stato ha, quindi, invitato il legislatore ad inserire il termine *"direttamente"*

³⁶⁸ Cass. n. 519 del 2010, richiamata anche nel dossier di commento del Senato all'atto del governo n. 297, pubblicato nel maggio 2016 e disponibile al link <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00972133.pdf>.

prima della parola “*subito*” al fine di escludere ogni eventuale problematica interpretativa³⁶⁹.

Maggiormente spinosa rimaneva la questione dell'applicabilità dei principi enunciati alle ipotesi c.d. derogatorie affrontate a più riprese dalla giurisprudenza di legittimità in ordine a società *in house* e società di diritto singolare.

In assenza di ogni riferimento diretto a tali ipotesi è stato, ad esempio, rilevato come l'inciso “*ivi compreso*” previsto al secondo comma “*potrebbe lasciare aperta un'interpretazione che comprenda anche ulteriori fattispecie rispetto al mancato esercizio dei diritti di socio, quali le società in house e quelle dotate di statuto speciale per legge*”³⁷⁰.

Perplessità analoghe sono state sollevate dalla citata Commissione Speciale del Consiglio di Stato con riferimento alle società *in house* non contemplate in alcun modo dalla norma.

Secondo i Giudici di Palazzo Spada, infatti, l'assenza di determinazioni sul tema potrebbero determinare rilevanti incertezze interpretative. Se è pure vero, precisa la Commissione, che “*la formulazione della norma, in linea con l'indifferenziazione dei modelli, sembra configurare un regime unitario che comprenda anche l'in house*” è altrettanto vero che sarebbe comunque opportuno indicare tale aspetto con massima chiarezza anche, optando, eventualmente in maniera esplicita per un regime a “doppio binario” che tenga conto degli approdi giurisprudenziali sul tema.

La criticità sopra evidenziata, ad avviso di chi scrive, coglie nel segno.

L'impostazione apparentemente unitaria della disciplina in tema di responsabilità non è in grado di superare le questioni sottolineate dalle SS.UU. a partire dal novembre 2013. Anche posto in via astratta che la disciplina prevista dall'art. 12 sia riferibile indifferentemente a tutti i soggetti aventi forma societaria, rimane fermo il fatto che ipotizzare la giurisdizione del Giudice Contabile per le ipotesi di danno direttamente subito dall'ente socio potrebbe portare a ritenere non superate le conclusioni della giurisprudenza di legittimità in tema di *in house* che fanno appunto perno su una concezione di danno diretto ravvisabile anche nell'ipotesi di nocimento al patrimonio sociale in quanto patrimonio comunque riferibile all'amministrazione partecipante.

³⁶⁹ Parere della Commissione Speciale del Consiglio di Stato, n. 00968/2016 del 21 aprile 2016.

³⁷⁰ Nota di lettura n. 134 del maggio 2016, servizio del bilancio del Senato, pag. 9.

Ulteriori spunti di discussione vengono poi evidenziati con riferimento ai termini ritenuti eccessivamente circoscritti in ordine al comportamento sanzionatorio ed all'elemento di danno determinato dall'amministrazione socia.

A parere della Corte, infatti, il riferimento a soli comportamenti omissivi (“*trascurare*”) e ad un nocumento di rilievo, quale è quello rappresentato dal pregiudizio alla partecipazione, escludendo implicitamente altre forme comportamentali comunque dannose, sembrerebbe tradire le finalità di razionalizzazione e trasparenza sottese alla riforma.

Da ultimo viene, quindi, posto l'accento sulla necessità di puntualizzare in maniera più specifica i profili di responsabilità dei dipendenti (non contemplati nella disposizione) nonché dei soci pubblici delle società *in house* con riferimento ai comportamenti di gestione ad essi imputabili in ragione dei penetranti poteri esercitati in sede di controllo analogo.

Gli spunti critici testé evidenziati sembrano trovare una risposta solo parziale nelle modifiche successivamente elaborate dal Governo.

Così recita, infatti, il testo definitivo della norma inserito nel d.lgs. n. 175 del 2016:

“1. I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. E' devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2.

2. Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione”.

Il testo in vigore dal 23 settembre 2016 prende atto di parte degli spunti di discussione elaborati dal Consiglio di Stato in sede Consultiva ed inserisce un esplicito riferimento alle c.d. società *in house*.

La formulazione letterale della norma, per vero, non appare tra le più felici.

Se, infatti, sulla base della versione provvisoria dell'art. 12, non vi era alcun dubbio in ordine alla sussistenza della giurisdizione della Corte dei Conti con riferimento alle ipotesi di danno erariale subito dall'Ente di cui al comma 2 del medesimo articolo per

comportamenti dolosi o gravemente colposi imputabili agli amministratori di qualsiasi tipo di società partecipata, qualche riserva potrebbe sorgere ora alla luce di una interpretazione letterale della nuova disposizione.

In particolare, ad una prima lettura della prima parte del comma 1 dell'art. 12 si avrebbe l'impressione che l'unico "spazio di giurisdizione" riservato alla Corte dei Conti sia quello relativo alle sole ipotesi di danno erariale cagionato dagli amministratori e dipendenti della società *in house*.

La norma in questione, infatti, nel porre *ab initio* la regola generale dell'applicazione delle disposizioni relative alle ordinarie azioni riconosciute dal codice civile con riferimento alla totalità delle società a partecipazione pubblica disciplinate dal decreto, sembra riconoscere come unica deroga l'ipotesi di danno erariale cagionato nell'ambito della gestione dei soggetti *in house*. Il che sembrerebbe escludere, in astratto, ogni tipo di sindacato del Giudice Contabile nelle ipotesi di danno erariale (come ad es. il danno all'immagine) cagionato dagli amministratori e dipendenti delle altre società a partecipazione pubblica.

La seconda parte del comma in oggetto, nel fissare, invece, una regola di respiro per così dire generale (demandando alla Corte dei Conti tutte le ipotesi di danno erariale di cui al comma II) sembrerebbe recuperare lo spirito originario della norma di prima formulazione.

Un'interpretazione di carattere sistematico delle disposizioni citate, alla luce dell'evidente (almeno in prima battuta) *voluntas legislatoris* di recepire le indicazioni del *leading case* del 2009, impone di ritenere ragionevole l'interpretazione "originaria" e di considerare l'apparente "deroga esclusiva" delle società *in house* quale mero infelice innesto normativo dell'ultimo momento.

Pare, a mio avviso, evidente il fatto che l'inserimento *in extremis* di una disciplina ad hoc per le società di cui all'art. 16 del medesimo decreto (anch'esso modificato nella sua intestazione dalla versione definitiva del provvedimento³⁷¹) avesse il solo reale scopo di recepire i suggerimenti Consiglio di Stato e offrire "dignità" normativa agli approdi interpretativi raggiunti dalla decisiva ordinanza n. 26283 del 2013.

Peraltro, pare doveroso far notare come la stessa formulazione "*danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house*" non risulti tra le più felici

³⁷¹ Nella sua formulazione originaria l'art. 16 era intitolato "*Società a controllo pubblico titolari di affidamenti diretti di contratti pubblici*", successivamente, nella versione definitiva del decreto, esso è stato intitolato "*Società in house*".

in quanto potenzialmente generativa di un effetto per così dire a “*corto circuito*” rispetto a quanto disciplinato dal comma II dell’art. 12.

Rimanendo, infatti, sul piano strettamente letterale, si potrebbe ipotizzare che il riferimento esplicito del comma I al “*danno erariale*” causato nell’ambito delle società *in house* debba essere interpretato alla luce della definizione offerta dal comma II (*costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti*).

Il che imporrebbe, anche con riferimento a tale tipo di società “in deroga”, di considerare come *erariale* solo quello effettivamente cagionato all’ente partecipante.

Nulla quaestio, ovviamente, se si ritiene di valorizzare in toto le conclusioni raggiunte dalla Suprema Corte nel 2013 in ordine alla qualificazione quale danno diretto all’Ente il danno al patrimonio della società *in house*.

Tale ricostruzione, però, ricordiamo si fondava sul postulato (non del tutto dimostrato) dell’assenza di alterità tra i due soggetti coinvolti e conseguente “ridimensionamento” della società a mera propaggine organizzativa dell’ente socio.

Senza qui richiamare i numerosi rilievi critici mossi in letteratura sul punto, vale la pena comunque di evidenziare come la tesi della “non alterità” non sembri trovare nuovi “punti d’appoggio” nel contenuto del d.lgs. n. 175 del 2016.

A contrario, la novella sembra offrire importanti spunti in ordine alla recessività della tesi in esame.

Ci si riferisce in particolare all’art. 14 del decreto citato che, superando il noto contrasto interpretativo sul punto, riconosce espressamente la soggezione delle società a partecipazione pubblica “*alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo*”.

L’importanza di tale disposizione sul tema della asserita “non alterità” pare evidente.

L’idea di identificare la società *in house* quale mero soggetto munito di delega interorganica il cui patrimonio sarebbe sempre e comunque riferibile, anche se separato, a quello dell’Ente Partecipante ha come necessario corollario quello della non fallibilità di tale organismo in ossequio all’art. 1 della legge fallimentare che esclude esplicitamente l’applicabilità della normativa in essa contenuta agli Enti Pubblici.

Il fatto, invece, di riconoscere a livello positivo la fallibilità di tali soggetti presuppone, necessariamente, almeno nella prospettiva di chi scrive, l’esistenza di una soggettività in capo alla società, diversa e distinta rispetto ai soci pubblici.

Il fatto che l’art. 14 sia riferibile anche alle società c.d. *in house* è un dato incontrovertibile.

Al di là della formulazione certamente onnicomprensiva del primo comma, un riferimento esplicito a tale tipologia di società emerge senza dubbio dall'ultimo comma dell'art. 14 ove viene fatto esplicito riferimento al “*fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti*”³⁷².

Poste tali promesse rimane, quindi, lecito interrogarsi se sia ancora possibile parlare di “non alterità” e soprattutto di un danno all'Ente partecipante nell'ipotesi di condotta dolosa o gravemente colposa che abbia arrecato nocumento al solo patrimonio sociale della società *in house*.

Considerato che il fondamento della giurisdizione contabile, ai sensi del comma primo dell'art. 12, è individuato nella natura “erariale” del danno³⁷³, il venir meno di uno dei postulati fondanti il ragionamento che qualificava quale danno diretto (e quindi erariale) quello subito dal patrimonio sociale della società pone qualche ombra sull'effettiva portata della norma in questione.

Pare intuibile che l'intento dell'innesto normativo fosse quello di positivizzare i principi espressi con l'ordinanza n. 26283 del novembre 2013, rimane il fatto, però, che la formulazione della disposizione nei termini sopra indicati non coglie nel segno ed è suscettibile di interpretazioni difformi.

Prescindendo da quanto fin qui rilevato, pare, comunque, opportuno soffermarsi brevemente sul contenuto dell'art. 16 (“*società in house*”) del decreto in oggetto in quanto all'interno dello stesso vengono cristallizzati i requisiti propri di tale tipologia di società fornendo, così, utili elementi per perimetrare in maniera chiara l'ambito applicativo della deroga enunciata nell'art. 12.

³⁷² Tale disposizione si rivolge, evidentemente, ai soggetti c.d. *in house* di cui all'art. 16 del medesimo decreto (la cui intitolazione originaria, ricordiamo era appunto “*Società a controllo pubblico titolari di affidamenti diretti di contratti pubblici*”).

³⁷³ È infatti la natura erariale del danno che fonda la giurisdizione e non viceversa (non è l'individuazione della giurisdizione contabile a rendere erariale il danno subito). Ad avviso di chi scrive una formulazione più corretta e coerente rispetto ai fini prefissati dal legislatore sarebbe potuta essere la seguente “*I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2 e per il danno causato con dolo e colpa grave dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house al patrimonio sociale*”.

L'importanza della norma in oggetto, che mutua evidentemente i principi enunciati dalle recenti direttive appalti del 2014, risiede in primo luogo nel superamento del requisito della partecipazione necessariamente totalitaria in capo all'ente pubblico.

La possibilità, oggi pacificamente ammessa, di una compartecipazione (per quanto minoritaria e priva di ogni influenza sull'attività) di soggetti privati supera in via definitiva il limite, ritenuto fin d'ora invalicabile dalla giurisprudenza di legittimità precedente (su tutte l'ordinanza n. 26283 del 2013), rappresentato dalla sottoscrizione integrale delle quote da parte del socio pubblico. Trova così una positiva risposta la sollecitazione promossa a più riprese dai giudici contabili in ordine al superamento di tale requisito ritenuto, nei fatti, irrazionale e potenzialmente oggetto di facile elusione³⁷⁴.

Di notevole interesse risultano, altresì, le determinazioni in ordine al “controllo analogo” che prevedono la possibilità di apportare ampie deroghe alle norme contenute nel codice civile in tema di amministrazione delle società di capitali (2380 bis c.c., 2409 nonies c.c., 2468 comma III c.c., 2341 bis comma I c.c.).

La norma in questione, come già accennato nel paragrafo precedente, supera le critiche avanzate in passato da più parti in dottrina in ordine alla difficile configurabilità di forme effettive di controllo analogo (soprattutto in ambito di S.p.a.) stante l'assenza di disposizioni ad hoc che consentissero di derogare alle norme previste dal codice civile ed ordinariamente applicabili alle società a partecipazione pubblica. La stessa ha, inoltre, il pregio di superare l'approccio rigoroso della pronuncia di legittimità del 2013 che identificava il requisito del controllo analogo in termini di rapporto gerarchico.

L'assetto normativo attuale, infatti, sembra ammettere ipotesi di controllo meno penetranti ammettendo modelli gestionali che meglio si “sovrappongono” alla definizione offerta dall'art. 12 direttiva 24 del 2014 secondo cui il “controllo analogo” sussiste qualora il socio pubblico *“eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata”*.

Tornando ai contenuti di cui all'art. 12 ed al suo ambito applicativo pare utile interrogarsi sulla sua riferibilità anche quelle società c.d. a “statuto singolare” cui la recente giurisprudenza di legittimità aveva riconosciuto uno “status” in deroga rispetto ai principi espressi nel *leading case* del 2009.

³⁷⁴ Si pensi al caso So.Ge.Mi S.p.a. (Corte dei Conti, Sez. Giur. D'Appello del 20 febbraio 2015 n. 178) cui si è fatto riferimento nel paragrafo precedente.

La vocazione sistematica e potenzialmente onnicomprensiva del provvedimento normativo in esame consente, a mio avviso, di offrire al quesito una risposta affermativa.

In tal senso, come già accennato precedentemente, ritengo possa essere valorizzato “a contrario” il contenuto dell’art. 26 comma 2 del decreto il quale, nel prevedere la non applicabilità dell’art. 4 alle società elencate nell’all. A (tra cui ad esempio quelle facenti parte del gruppo A.N.A.S.) sembra presupporre la pacifica applicabilità di tutte le altre norme (compreso l’art. 12) alle società suddette.

Una soluzione siffatta mi pare condivisibile e si pone in assoluta coerenza con le esigenze di razionalizzazione e semplificazione fatte proprie dal Testo Unico in tema di Società Partecipate.

Tra gli ulteriori elementi innovativi inseriti *in extremis* dal legislatore si segnala l’inciso inserito nell’ultima parte del comma primo ove viene riconosciuta la giurisdizione della Corte dei Conti nelle ipotesi di danno erariale di cui al comma 2 “*nei limiti della quota di partecipazione pubblica*” al patrimonio sociale.

La *ratio* della disposizione non pare chiarissima. Se è vero, infatti, che il limite della quota è stato utilizzato più volte in passato³⁷⁵ quale parametro di misura del danno da imputare alla condotta dell’agente, è altrettanto vero che metodo siffatto poteva trovare logica nell’ipotesi di danno cagionato al patrimonio della società con conseguente nocumento indiretto per l’ente socio nei limiti della quota detenuta.

Quando si ragiona in termini di danno diretto all’Ente Pubblico partecipante ai sensi del comma 2 della norma in questione (come ad esempio il danno all’immagine o al pregiudizio arrecato al valore della partecipazione in virtù delle condotte dei rappresentanti degli enti partecipanti) l’utilità di una limitazione suddetta non pare di facile comprensione visto e considerato che il danno eventualmente accertato direttamente in capo al socio dovrebbe essere ristorato nella sua integralità.

In astratto, l’unica ipotesi in cui una limitazione siffatta potrebbe apparire coerente è quella di un danno cagionato al patrimonio di una società *in house* che conosca la partecipazione minoritaria di privati o la partecipazione frazionata di più enti pubblici. Nel caso di specie, in effetti, il parametrare il danno al patrimonio sociale sulla base dell’entità quota detenuta dal socio può trovare un effettivo fondamento.

³⁷⁵ Si veda ad esempio la sentenza n. 135 del 2008 della Sezione Giurisdizionale Regione Lombardia della Corte dei Conti che avallava un metodo di calcolo del quantum del danno erariale di tipo “proporzionale”, agganciato all’entità della quota partecipativa in mano pubblica.

Quanto al comma 2 dell'art. 12 dedicato alla perimetrazione del concetto di danno erariale è da rimarcare come lo stesso di fatto parafrasi le conclusioni dell'ordinanza della Suprema Corte n. 26806 del 2009.

Nella sua prima parte è evidente il richiamo alle ipotesi, su tutte il cd. danno all'immagine, già riconosciute di competenza del giudice contabile sulla base dei principi generali in materia. Stupisce solamente il fatto che il legislatore, nonostante la pertinente osservazione sul punto del Consiglio di Stato in sede consultiva, abbia ommesso di inserire nella formulazione definitiva la locuzione "direttamente" che di certo avrebbe contribuito a offrire maggiore chiarezza.

In ragione di tale mancato "adeguamento" alcuni commentatori hanno ritenuto che resterebbe, quindi, *"aperta la possibilità di intervento del giudice contabile per i danni che, ponendo in una situazione di sofferenza il patrimonio societario, solo indirettamente, incidendo negativamente sul valore della redditività della quota di partecipazione sociale, si ripercuotono sul patrimonio dell'ente partecipante"*³⁷⁶.

Il presente ragionamento si fonda sul fatto che l'aver ommesso la locuzione "direttamente" nel testo definitivo della disposizione consentirebbe di optare per una *"interpretazione estensiva dell'ambito della giurisdizione contabile riconducibile anche ai danni indiretti subiti dall'ente pubblico per effetto della cattiva gestione della società da parte degli organi da ciò preposti"*³⁷⁷.

L'ultima parte della disposizione è invece dedicata alla specifica inclusione nell'ipotesi di danno all'ente del pregiudizio del valore della partecipazione in conseguenza di comportamenti illeciti tenuti dai rappresentanti degli enti pubblici partecipanti nell'esercizio dei propri diritti di socio.

Il testo definitivo della norma fa tesoro, condivisibilmente, delle indicazioni offerte dai Giudici di Palazzo Spada in sede consultiva che avevano sottolineato l'opportunità di dare rilevanza alla totalità dei comportamenti tenuti nell'esercizio dei diritti di socio e non solo a quelli di natura omissiva (cui la locuzione "*trascurato*" sembrava fare riferimento).

Anche in questo caso pare evidente l'influenza degli arresti giurisprudenziali intervenuti sul punto (ed in particolare l'ordinanza n. 26806 del 2009) che hanno in più occasioni ribadito la rilevanza sotto il profilo erariale delle condotte proprie dei rappresentanti

³⁷⁶ GLINIANSKI S., *Testo Unico in materia di Società a partecipazione pubblica. Commento articolo per articolo del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Maggioli, 2016, pag. 122.

³⁷⁷ GLINIANSKI S., *op. cit.*, pag. 122.

degli enti partecipanti in ordine al mancato esperimento delle doverose azioni civilistiche di responsabilità.

Tale approdo, a dire il vero, era stato oggetto di forti riserve da parte della giurisprudenza contabile la quale, nel riaffermare costantemente la maggiore efficacia ed incisività dell'azione pubblica erariale in ordine ai fatti di *mala gestio* imputabili agli amministratori delle società partecipate (di norma espressione delle maggioranze politiche degli enti locali partecipanti), sottolineava l'evidente insufficienza di un meccanismo volto, di fatto, a delegare ogni funzione di controllo agli stessi soggetti che avevano provveduto alla nomina, sostanzialmente fiduciaria, degli amministratori delle partecipate.

Il testo del d.lgs. 175 del 2016 sembra in effetti tener conto di tale limite ed ha introdotto numerose disposizioni volte a responsabilizzare maggiormente i rappresentanti degli enti.

Da citare, ad esempio, l'art. 13 in tema di controllo giudiziario sull'amministrazione secondo cui *“nelle società a controllo pubblico, in deroga ai limiti minimi di partecipazione previsti dall'articolo 2409 del codice civile, ciascuna amministrazione pubblica socia, indipendentemente dall'entità della partecipazione di cui è titolare, è legittimata a presentare denuncia di gravi irregolarità al tribunale”*.

La norma in questione, come è noto, ai fini della denuncia di irregolarità prevede come presupposto che la stessa provenga da soci che detengano almeno *“il decimo del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il ventesimo del capitale sociale”*. Sganciare tale forma di controllo dall'entità di quota di capitale detenuta consente una sicura maggiore incisività degli enti quotisti in ordine alla gestione societaria soprattutto in quelle ipotesi, non infrequenti, di società *“pluripartecipata”* da più enti locali con quote al di sotto dei limiti suddetti.

Di analogo tenore, altresì, l'art. 14 comma 3 in tema di crisi di impresa delle società a partecipazione pubblica secondo cui *“la mancata adozione di provvedimenti adeguati, da parte dell'organo amministrativo, costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile”*.

Volendo, a questo punto, sbilanciarsi su un commento conclusivo in ordine normativa appena entrata in vigore, è possibile affermare che la stessa abbia lodevolmente fissato in termini positivi la questione relativa al riparto di giurisdizione in tema di responsabilità degli amministratori delle società pubbliche.

Qualcuno potrebbe affermare che, in fondo, gli esiti “positivizzati” dalla riforma potevano essere desumibili sulla base delle coordinate giurisprudenziali offerte dalla Corte di Legittimità senza dover ricorrere necessariamente ad un testo di legge. Il che, probabilmente, non è una considerazione del tutto peregrina ma rimane il fatto che la previsione di una disciplina ad hoc in punto di giurisdizione sul tema contribuisce sicuramente ad offrire maggiore chiarezza e si pone in assoluta sintonia con la necessità di una *interpositio legislatoris* per le ipotesi di giurisdizione contabile ai sensi dell’art. 103 comma 2 Cost..

Permangono perplessità sulla formulazione non sempre chiarissima delle disposizioni in questione e sulla scelta, probabilmente di carattere politico, di voler prevedere una deroga espressa in favore delle società c.d. *in house*.

Posta, infatti, la fragilità del costruito argomentativo sotteso alla pronuncia fondamentale del 2013 (resa ancora più evidente dalle disposizioni di nuova introduzione, quali, ad esempio, quelle già richiamate in tema di fallibilità delle società pubbliche), è da ritenere, ad avviso di chi scrive, che sarebbe stata più opportuna una scelta a “binario unico” maggiormente rispondente agli scopi di uniformità e semplificazione che hanno orientato la riforma.

Nella società *in house*, infatti, per come ad oggi delineata alla luce dell’art. 16 del Testo Unico, non si ravvisano elementi che giustifichino la soggezione ad una diversa giurisdizione rispetto a quella ordinaria.

Trattasi sempre di società di capitali, iscritta come tale nel registro delle imprese, che vede coinvolti nel suo operato *stakeholders* terzi analogamente a quanto accade con riferimento a tutti gli altri soggetti che rivestano tale forma.

Tale aspetto si pone in tendenziale frizione con le peculiarità proprie del danno erariale rispetto a quello per così dire “ordinario”.

Elementi come la non rilevanza della colpa lieve, il potere riduttivo del *quantum* o l’intrasmissibilità dell’obbligazione risarcitoria configurano in linea potenziale un “*vulnus*” di tutela per quei terzi (come ad esempio i creditori o gli eventuali soci minoritari privati oggi ammessi alla luce della nuova disciplina) che si relazionano all’ente societario.

Pare appena il caso di rilevare, infatti, come allo stato l’art. 16 non disciplini un modello “legale” di società ma ne cristallizzi solamente gli elementi caratterizzanti. La natura di soggetto “*in house*”, infatti, non è immanente ma è suscettibile di mutazione in corso d’opera nel caso in cui per qualsiasi motivo venga meno uno dei requisiti richiesti o, al

contrario, vengano integrati in un momento successivo rispetto costituzione della società di capitali.

La conseguenza, per certi aspetti paradossale, di questa forma “fluida” di modello societario è data dal fatto che, nel caso ad esempio in cui la natura di “*in house*” sopravvenga, potrebbero concorrere due diverse giurisdizioni in ordine al nocumento cagionato al patrimonio sociale con ripetute condotte di tenore analogo perpetrate dagli amministratori ma che temporalmente si collocano (magari nel corso dello stesso esercizio) in momenti distinti.

6. IL C.D. DANNO ALL’IMMAGINE

Tra le forme sicuramente di maggior diffusione di danno erariale direttamente sofferto da una Pubblica Amministrazione in conseguenza di un comportamento tenuto da un amministratore di società a partecipazione pubblica rientra indubbiamente il c.d. “danno all’immagine”³⁷⁸.

Il diritto all’immagine viene unanimemente ricondotto in dottrina tra i diritti della personalità o della persona³⁷⁹ ed è inquadrabile come manifestazione estrinseca della personalità che si realizza attraverso la propria attività.

Tale concetto trova pacifica applicazione anche con riferimento alla Pubblica Amministrazione la quale realizza una proiezione esterna del proprio “essere” attraverso un’attività necessariamente improntata ai canoni di buon andamento ed imparzialità di cui all’art. 97 Cost..

L’amministratore che agisce in nome e per conto di una Pubblica Amministrazione che si renda protagonista di condotte illecite connotate da un rapporto di occasionalità necessaria con la propria attività è evidentemente responsabile del nocumento che possa derivare all’immagine dell’Ente rappresentato.

Una prima problematica di rilievo sul tema affrontata in dottrina e giurisprudenza ha riguardato l’effettiva sussistenza della giurisdizione contabile in ordine a ipotesi di danno all’immagine alla P.A..

La questione era collegata a filo doppio a quella relativa alla natura patrimoniale o meo del danno in oggetto.

³⁷⁸ Sul tema diffusamente LILLO F., *Danno all’immagine della pubblica amministrazione*, voce Digesto Pubblico, 2008, Banca dati Leggi D’Italia.

³⁷⁹ LUHMANN N., *I diritti fondamentali come istituzione*, Edizioni Dedalo, 2002, pagg. 96 e ss..

Un approccio interpretativo più risalente, infatti, riservava in linea di principio al giudice ordinario la cognizione su tale fattispecie di danno stante la sua natura non economica. Un eventuale sindacato del giudice contabile era invece astrattamente prevista per le ipotesi di nocumento di tipo patrimoniale.

Si registravano, altresì, orientamenti che, valorizzando la natura mista del danno all'immagine, ipotizzavano un sindacato concorrente tra giudice ordinario e contabile a seconda della componente (patrimoniale e non patrimoniale) oggetto di scrutinio.

A influenzare con forza il dibattito è intervenuta, come anticipato, l'evoluzione giurisprudenziale che, a partire dagli anni '90, ha contribuito a ripermire il concetto di danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c..

Come è noto, tradizionalmente, il danno non patrimoniale era circoscritto ai rigorosi limiti derivanti dal combinato disposto art. 2059 c.c. e 185 c.p. che implicava la risarcibilità dei soli nocumenti ricollegati ad ipotesi di reato salvo ulteriori rare ipotesi positivizzate. L'applicazione di un approccio siffatto aveva come evidente conseguenza la potenziale non risarcibilità dei danni perpetrati a diritti costituzionalmente riconosciuti di natura non patrimoniale (su tutti il c.d. danno biologico) non ricollegati alla commissione di fattispecie penalmente rilevanti.

Da qui la "rivisitazione" da parte della giurisprudenza di legittimità dell'art. 2043 c.c. che ha portato alla nascita di una concezione di patrimonio in senso ampio contenente i diritti costituzionalmente rilevanti e la conseguente risarcibilità del c.d. "danno evento" cagionato all'interesse tutelato (quale poteva essere, appunto, il danno all'immagine).

Sotto tale prospettiva l'art. 2059 c.c. aveva ad oggetto in via residuale il c.d. danno morale.

L'orientamento in questione trovò superamento a seguito di importante pronunce di legittimità del 2003 che ha ricondotto nell'alveo del danno non patrimoniale tutte le ipotesi di nocumento procurato ad interesse costituzionalmente tutelati. In tal senso veniva offerta un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. volta a ricomprendere nel proprio alveo di tutela anche la lesione di diritti fondamentali a prescindere da ogni collegamento con ipotesi di reato.

Tale orientamento ha trovato definito assestamento con le ordinanze gemelle del 2008³⁸⁰ della Corte di Cassazione che hanno superato le categorie del danno non patrimoniale (morale, biologico ed esistenziale, relegandole a mere figure descrittive di

³⁸⁰ Cass. SS.UU. n. 26972-26973-26974-26975 del 11 novembre 2008.

una fattispecie assolutamente unitaria) e ribadito la natura di danno conseguenza delle lesioni perpetrate ad interessi di natura non patrimoniale.

Sul tema, la giurisprudenza della Corte dei Conti, almeno in una prima fase, sembra raccogliere solo in parte gli spunti offerti dall'evoluzione giurisprudenziale sopra sinteticamente riportata.

In particolare la Corte dei Conti, con una nota pronuncia delle Sezioni Riunite del 2003,³⁸¹ in contro tendenza con le decisioni dello stesso anno della Corte di Cassazione che avevano rivisitato l'art. 2059 c.c. in un'ottica costituzionalmente orientata, fa proprio l'orientamento volto a ricondurre il danno c.d. all'immagine quale forma di danno "evento" di tipo esistenziale incluso nell'ambito di tutela dell'art. 2043.

I giudici, dopo aver qualificato il danno all'immagine quale violazione economicamente valutabile del *"diritto al conseguimento, al mantenimento ed al riconoscimento della propria identità come persona giuridica pubblica"*, afferma che lo stesso *"ha natura di danno esistenziale, in quanto incidente su diritti dell'ente pubblico costituzionalmente garantiti, e si distingue, non avendo in sé l'elemento della sofferenza, dal danno morale derivante da reato ex art. 2059 c.c. e, non traducendosi in una riduzione delle capacità di reddito del danneggiato, dal vero e proprio danno patrimoniale"*.

Aggiunge, quindi, che il danno all'immagine *"si risolve in un onere finanziario che si ripercuote sull'intera collettività, dando luogo ad una carente utilizzazione delle risorse pubbliche ed a costi aggiuntivi per correggere gli effetti distorsivi che sull'organizzazione della pubblica amministrazione si riflettono in termini di minor credibilità e prestigio e di diminuzione di potenzialità operativa"*.

La giurisdizione contabile, in sostanza, viene individuata in ragione non della patrimonialità del bene oggetto di tutela ma dalla patrimonialità della lesione subita.

Impostazione siffatta, che raccoglie evidentemente gli sforzi profusi da più fronti in letteratura finalizzati ad offrire una lettura dell'art. 103 comma 2 di più ampio respiro³⁸², ha trovato il successivo avallo della giurisprudenza di legittimità che in recenti decisioni a SS.UU. ha più volte ribadito come *"rientra nella giurisdizione della*

³⁸¹ Sentenza n. 10/SR/QM del 23 aprile 2003.

³⁸² GATTAMELATA S., *Giurisdizione*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, CEDAM, 1997, pag. 268; MIELE T., *L'evoluzione in senso oggettivo della giurisdizione contabile: il criterio della natura oggettivamente pubblica delle risorse gestite*, in AA.VV., *Giurisdizione della Corte dei Conti e responsabilità amministrativo-contabile a dieci anni dalle riforme*, a cura di ATELLI M., Satura, 2005, pagg. 134 e ss..

Corte dei conti anche l'azione di responsabilità per il danno arrecato da pubblici dipendenti (o da soggetti comunque inseriti nell'apparato organizzativo di una pubblica amministrazione) all'immagine dell'ente, trattandosi di danno che, anche se non comporta una diminuzione patrimoniale diretta, è tuttavia suscettibile di valutazione patrimoniale, sotto il profilo della spesa necessaria al ripristino del bene giuridico leso”³⁸³.

Non sono mancati, per il vero, nella giurisprudenza contabile successiva, pronunce volte a rimarcare il mancato allineamento dell’orientamento della Corte dei Conti (ancora ancorato al concetto di danno evento di tipo esistenziale rientrante nell’ambito dell’art. 2043 c.c.) ai più recenti approdi delle SS.UU. sul tema (ed in particolare a quelli enunciati dalle note ordinanze gemelle del 2008).

La questione è stata recentemente affrontata e superata da una recente pronuncia della Corte dei Conti in Sezioni Riunite³⁸⁴ in occasione della rimessione di una questione di massima in tema di danno all’immagine sollevata dalla Sezione Giurisdizionale della Regione Puglia.

La Sezione rimettente, in particolare, sollecitava un riallineamento delle conclusioni raggiunte dalla nota pronuncia del Sezioni Riunite del 2003 rispetto all’orientamento consolidato di legittimità affermando che erano ormai “*maturi i tempi per una rimeditazione della complessa problematica, da parte delle sezioni riunite, che hanno cercato di risolverla, in via definitiva, con la decisione n. 10/QM/2003, ma in ordine alla quale permangono i contrasti in giurisprudenza ed irrisolti alcuni snodi fondamentali. Ciò al fine di evitare il formarsi di orientamenti giurisprudenziali che sono in contrasto con le elaborazioni della giurisprudenza della Corte di cassazione e della dottrina civilistica, giacché non è pensabile che vi possano essere tante nozioni di danno quanti sono gli ordinamenti nei quali se ne faccia applicazione e tenuto conto, altresì, che soltanto le disposizioni del codice di rito si applicano in quanto compatibili (ex art. 26 r.d. 1038/1933) ai giudizi innanzi alla Corte dei conti, ma non le norme del codice civile, di cui il giudice contabile deve fare applicazione senza deroghe*”.

³⁸³ Cass. SS.UU. n. 8098 del 2007 (in senso conforme Sez. Un. civ., 27 settembre 2006, n. 20886; Sez. Un. civ., 15 luglio 2005, n. 14990; Sez. Un. civ., 12 novembre 2003, n. 17078; Sez. Un. civ., 14 giugno 2005, n. 12726 (ord.); Sez. Un. civ., 6 maggio 2005, n. 9390 (ord.); Sez. Un. civ., 8 marzo 2005, n. 4957; Sez. Un. civ., 8 marzo 2005, n. 4956).

³⁸⁴ Sentenza n. 1 del 18 gennaio 2011.

Le Sezioni Riunite, nel giudicare inammissibile la questione di massima, coglie comunque l'occasione per evidenziare in via incidentale come l'orientamento del 2003 risulti allo stato assolutamente attuale e pienamente in linea con la giurisprudenza di legittimità più recente.

I Giudici, nello specifico, si soffermano ad analizzare le conclusioni dalla sentenza n. 143 del 2009 della Terza Sezione d'Appello (richiamata dal Giudice rimettente come che avrebbe dato origine al contrasto) ed evidenziano come, in realtà, la stessa non si discosti in via sostanziale dagli approdi interpretativi consolidati pur alla luce dell'orientamento espresso dalla famose ordinanze “gemelle” del 2008 di cui la pronuncia tiene consapevolmente conto³⁸⁵.

³⁸⁵ Si riporta qui di seguito il passaggio più rilevante della pronuncia in oggetto: “*Ed invero, relativamente alla configurazione del danno all'immagine della Pubblica amministrazione, preme rilevare come nella riferita sentenza n. 143/2009 del 9 aprile 2009, la Terza Sezione centrale d'appello, operando una rivisitazione di sintesi anche alla luce della giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione intervenuta dopo la sentenza di queste Sezioni riunite n. 10/QM/2003 (cfr. SS.UU. Cassazione n. 26972 e n. 26975 dell'11 novembre 2008), ha affermato, fra l'altro, che “(..) a fronte della intervenuta lesione dell'immagine pubblica, negli amministratori, o se si vuole nello Stato Comunità, si incrinano quei naturali sentimenti di affidamento e di “appartenenza” alle istituzioni che giustifica la stessa collocazione dello Stato apparato e degli altri enti, e specialmente degli enti territoriali (quali enti “esponenziali” della collettività residente nel loro territorio), tra “le più rilevanti formazioni sociali nelle quali si svolge la personalità dell'uomo”, ex art. 2 della Costituzione. Il recupero di tali sentimenti e, con essi, il recupero dell'immagine pubblica, – ha osservato ancora la Terza Sezione centrale d'appello nella riferita sentenza n. 143/2009 – è essenziale per l'esistenza stessa della Pubblica amministrazione e impongono di intervenire per ridurre, in via preventiva, ed eliminare, in via successiva, i danni conseguenti alla lesione della sua dignità e del suo prestigio, con ovvie implicazioni anche di costi per l'Erario. In questa ottica, – ha affermato la Terza Sezione d'appello nella richiamata sentenza n. 143/2009 – da tempo la Corte regolatrice ha riconosciuto la giurisdizione della Corte dei conti sul danno all'immagine della Pubblica amministrazione, quale danno conseguente alla grave perdita di prestigio ed al grave detrimento dell'immagine e della personalità pubblica che, anche se non comporta una diminuzione patrimoniale diretta, è tuttavia suscettibile di una valutazione patrimoniale, sotto il profilo della spesa necessaria al ripristino del bene giuridico leso” (cfr. SS.UU. Cass., n. 5668/1997 e successivo consolidato indirizzo, per il quale si veda, tra le tante, SS.UU. Cass., n. 744/1999; Id., n. 17078/2003; Id., n. 14990/2005; Id., n. 20886/2006; Id., n. 8098/2007). “Trattasi, dunque, – ha affermato ancora la Terza Sezione d'appello – di un vero e proprio danno patrimoniale e non già di un “danno non patrimoniale”, (..) ovvero di un “danno patrimoniale in senso lato”; (..) trattasi, inoltre, di danno da responsabilità contrattuale e non già extracontrattuale, da ricondurre perciò all'art. 1218 c.c. e non già all'art. 2043 c.c., in quanto, come chiarito dalla Suprema Corte con la seconda delle pronunce che ha riconosciuto la giurisdizione della Corte dei conti in materia (cfr. SS.UU.*

Preso quindi atto della pacifica riconducibilità del c.d. danno all'immagine nei termini sopra delineati nell'ambito della giurisdizione contabile è opportuno questo punto soffermarsi sulla novella legislativa rappresentata dal c.d. "*Lodo Bernardo*" che, nel porre importanti limiti all'esercizio dell'azione contabile, ha dato vita ad un importante dibattito sull'effettivo ambito di applicazione della norma e sulle sue possibili criticità di carattere costituzionale.

In occasione dell'emanazione del d.l. n. 78 del 2009 (*Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali*), ha trovato spazio, in sede di conversione, un emendamento dell'Onorevole Bernardi (art. 17 comma 30 ter) volto a limitare in maniera importante, se non quasi azzerare (come sostenuto da più fronti), l'azione di responsabilità amministrativo-contabile³⁸⁶.

La versione definitiva di tale norma³⁸⁷, ampiamente modificata in virtù dell'art. 1 del d.l. n. 103 del 2009 (anche a seguito dei numerosi inviti rivolti in tal senso a livello istituzionale), nella sua prima parte così recita: "*le procure della Corte dei conti esercitano l'azione per il risarcimento del danno all'immagine nei soli casi e nei modi previsti dall'articolo 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97. A tale ultimo fine, il decorso del termine di prescrizione di cui al comma 2 dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è sospeso fino alla conclusione del procedimento penale*".

Cassazione n. 744/1999), interviene tra i medesimi "soggetti attivi e passivi" di un qualsivoglia altro danno erariale, ed in "violazione dei medesimi doveri funzionali" di servizio".

³⁸⁶ Sul tema PAVONI F., *Prime considerazioni sul lodo Bernardo ed, in particolare, sulla sua incidenza in tema di risarcibilità del danno all'immagine alla P.A.*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 1, 2010, pag. 168.

³⁸⁷ L'art. 17 comma 30 ter nella sua formulazione originaria così recitava: "*Le Procure regionali della Corte dei conti esercitano l'azione per il risarcimento per il danno all'immagine nei soli casi previsti dall'art. 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97. Per danno erariale perseguibile innanzi alle Sezioni giurisdizionali della Corte dei conti si intende l'effettivo depauperamento finanziario o patrimoniale arrecato ad uno degli organi previsti all'art. 114 della Costituzione o ad altro organismo di diritto pubblico illecitamente cagionato ai sensi dell'art. 2043 del codice civile. L'azione è esercitabile dal pubblico ministero contabile, a fronte di una specifica e precisa notizia di danno qualora il danno stesso sia stato cagionato per dolo o colpa grave. Qualunque atto istruttorio o processuale posto in essere in violazione delle disposizioni di cui al presente comma, salvo che sia stata già pronunciata sentenza anche non definitiva alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, è nullo e la relativa nullità può essere fatta valere in ogni momento, da chiunque vi abbia interesse, innanzi alla competente sezione giurisdizionale della Corte dei conti, che decide nel termine perentorio di trenta giorni dal deposito della richiesta*".

L'art. 7 della legge 97 del 2001³⁸⁸, oggi recentemente abrogato a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 174 del 2016 (Codice di giustizia contabile, adottato ai sensi dell'articolo 20 della legge 7 agosto 2015, n. 124) prevedeva un obbligo di comunicazione al Procuratore Regionale della Corte dei Conti delle sentenze di condanna emanate per reati contro la P.A. di cui al capo I, Titolo II del libro II del codice penale nei confronti di un dipendente di amministrazioni o di enti pubblici ovvero di enti a prevalente partecipazione pubblica.

La norma citata, ad una prima lettura, sembrava circoscrivere in maniera importante l'ambito di operatività del Procuratore Contabile con riferimento al c.d. danno all'immagine in quanto limitata alle sole ipotesi di nocumento derivante da condotte costituenti reato contro la P.A., per cui fosse stata pronunciata sentenza di condanna.

L'apparente chiarezza della disposizione veniva "minata" dalla seconda parte della disposizione secondo cui "*resta salvo quanto disposto dall'art. 129 disp. Att. C.p.p.*". Tale norma, in tema di informazione sull'azione penale da parte del Pubblico Ministero al Procuratore Contabile, non sembra, infatti, porre particolari limiti in ordine alla tipologia di reati da cui possa derivare un danno per l'erario. Il PM, ogni volta che esercita l'azione penale, è tenuto a dare notizia dell'imputazione a prescindere da tipo di reato contestato.

Una delle questioni più ricorrenti a livello interpretativo concerneva la possibilità di esercitare l'azione contabile nell'ipotesi di una sentenza di patteggiamento ex art. 444 c.p.p.. Come è noto, infatti, sulla natura di tale tipo di pronuncia si confrontano da tempo due macro-orientamenti³⁸⁹: secondo una prima tesi tale tipo di pronuncia non

³⁸⁸ Art. 7 l. 97 del 2001, "Responsabilità per danno erariale": *La sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nei confronti dei dipendenti indicati nell'articolo 3 per i delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale è comunicata al competente procuratore regionale della Corte dei conti affinché promuova entro trenta giorni l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato. Resta salvo quanto disposto dall'articolo 129 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, approvate con decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271.*

³⁸⁹ Si vedano in dottrina LOZZI G., *Il nuovo processo penale dopo il primo anno di applicazione: preoccupazioni fondate e preoccupazioni inconsistenti*, in LP, 1990, pag. 641; MONTI U., *La sentenza di «patteggiamento» come sentenza di condanna: una soluzione che sembra l'unica possibile*, in ANPP, 1992, pag. 175; NAPPI A., *La condanna a pena concordata*, in GG, 1997, 2, 1; PERONI F., *La sentenza di patteggiamento*, CEDAM, 1999, pag. 39; TAORMINA C., *Qualche riflessione sulla natura giuridica della*

sarebbe una vera e propria sentenza di condanna in quanto la stessa difetterebbe dell'affermazione di colpevolezza dell'imputato³⁹⁰; una seconda tesi, più condivisibile, afferma l'assoluta equiparazione della sentenza di patteggiamento a quella di condanna in quanto la stessa non prescinderebbe dall'accertamento del fatto e della colpevolezza dell'imputato³⁹¹.

L'accoglimento di una o dell'altra tesi ha dei riflessi evidenti in ordine alla riconducibilità della sentenza ex art. 444 c.p. tra quelle pronunce rilevanti ai sensi dell'art. 7 l. 97/2001.

La giurisprudenza contabile più recente, nonostante qualche pronuncia in seno contrario³⁹², sembra ad oggi riconoscere l'operatività del citato art. 7 anche nelle ipotesi di pronunce di patteggiamento.

In tal senso merita assoluta condivisione il seguente passaggio, che si riporta integralmente, della sentenza della Corte Conti, sez. I, 14/12/2012, n. 809: *“Il primo punto in contestazione riguarda, dunque, la valenza da attribuire alla sentenza emessa a seguito di patteggiamento; se essa cioè rientri, o meno, nelle previsioni del Legislatore, sopra riportate. In proposito, ritiene questo Giudicante sufficiente fare riferimento all'inequivoca formulazione normativa dell'art. 445, comma 1-bis del c.p.p., laddove precisa, con riferimento alla sentenza con la quale il giudice applica all'imputato la pena da lui richiesta e concordata con il PM (art. 444 c.p.p. medesimo), che "... Salve diverse disposizioni di legge, la sentenza è equiparata a una pronuncia di condanna". Né potrebbe valere il riferimento alla prima parte del medesimo comma 1-bis, il quale nega che tale tipo di pronuncia abbia efficacia nei giudizi civili o amministrativi: invero, tale specifica previsione si riferisce all'automatica vincolatività dell'accertamento dei fatti, compiuto dal Giudice penale, nei giudizi civile e amministrativo, ai sensi dell'art. 651 c.p.p. (nel senso che in difetto di dibattimento,*

sentenza di patteggiamento, in GP, 1990, III, pag. 649; MARINI L.M., La natura della sentenza di patteggiamento, in GI, 1998, II, pag. 547).

³⁹⁰ In giurisprudenza *ex multis*: Corte Cost. 6.6.1991, n. 251; Cass., SS.UU., 26.2.1997; C., Sez. II, 2.7.2004; Cass. Sez. VI; Cass. Sez. V, 20.3.1998; Cass., Sez.; Cass. Sez. IV, 30.9.1996.

³⁹¹ In giurisprudenza *ex multis*: Cass. SS.UU., 29.11.2005; Cass. Sez. I, 19.10.2007; Cass. Sez. I, 12.4.2006.

³⁹² Come ad esempio Corte Conti reg., (Campania), sez. giurisd., 29/09/2006, n. 1742 secondo cui *“Ai fini dell'operatività dell'art. 7 l. 27 marzo 2001 n. 97, avente ad oggetto gli effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, è necessaria una sentenza di condanna non essendo sufficiente una sentenza di patteggiamento ex art. 444 c.p.p.”.*

detti fatti non possono ritenersi come accertati e devono essere oggetto di specifico esame); non è invece esclusa la valenza dispositiva della pronunzia definitiva assunta in sede penale, anche se in assenza di dibattimento, come appunto dispone la seconda parte del medesimo comma, sopra riportata. E non v'è dubbio, ad avviso del Collegio, che l'art. 7 L. 97/2001, richiamato dal D.L. n. 78/2009, di cui gli appellanti assumono la violazione, faccia riferimento ad una qualsiasi pronunzia di condanna a carico di dipendenti di pubbliche amministrazioni, quando prevede la comunicazione della "sentenza irrevocabile di condanna" pronunciata dal Giudice penale al PM contabile (dunque, anche quella ex art. 445, cit.)”³⁹³.

Una seconda problematica di assoluto rilievo concerneva il “perimetro” di applicazione del c.d. Lodo Bernardo.

Il riferimento ai soli reati contro la P.A. è stato ritenuto da più fronti un limite assolutamente irrazionale dando così vita a numerose ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale al fine di porre al vaglio la legittimità costituzionale dell’art. 17 comma 30 ter del d.l. n. 78 del 2009.

Sul tema si è espressa recentemente la Corte Costituzionale con la pronuncia n. 355 del 2010 che ha dichiarato in parte inammissibili ed in parte infondate le questioni sollevate.

Passaggio centrale della pronuncia è da individuarsi nell’affermazione secondo cui la limitazione prevista nel c.d. “Lodo Bernardo” ai soli reati contro la Pubblica Amministrazione sarebbe assolutamente immune da vizi di irragionevolezza con conseguente insindacabilità della scelta discrezionale del legislatore. Altresì non fondata viene ritenuta la questione in ordine all’illegittimità della norma rispetto all’art. 2 Cost.. I giudici remittenti, in particolare, evidenziavano come gli stringenti limiti di applicabilità della norma comporterebbero un ingiustificato vuoto di tutela di diritti costituzionalmente rilevanti (tra cui, appunto, il danno all’immagine). Sul punto la Corte Costituzionale ha ritenuto che *“la responsabilità amministrativa presenta una struttura ed una funzione diverse da quelle che connotano la responsabilità civile”* e che, pertanto, *“non è manifestamente irragionevole ipotizzare differenziazioni di tutele che si possono attuare a livello legislativo, anche mediante forme di protezione dell’immagine della P.A. a fronte di condotte dei dipendenti, specificamente tipizzate, meno pregnanti rispetto a quelle assicurate alla persona fisica”*.

³⁹³ In senso analogo Corte dei conti, Sezione III app., 21.4.2010, n. 305.

Le motivazioni di tale pronuncia non hanno trovato pronta condivisione da parte della giurisprudenza contabile. Uno degli aspetti maggiormente stigmatizzati riguarda l'asserita erronea interpretazione del richiamo all'art. 7 del l. 97 del 2001 che non terrebbe conto dell'esplicito riferimento al già citato art. 129 disp. Att. C.p.p.³⁹⁴.

Tra le pronunce critiche più recenti si segnala la n. 809 del 2012 Corte dei Conti della Sez. I d'Appello³⁹⁵ in cui vengo statuiti i seguenti principi: *in primis* viene evidenziato come l'interpretazione offerta dal Giudice delle Leggi in una sentenza di non fondatezza (come quella sopra richiamata) non costituirebbe alcun tipo di vincolo per il giudice chiamato successivamente ad applicare tale norma³⁹⁶; in secondo luogo viene offerta un'interpretazione del c.d. "Lodo Bernardo" in senso assolutamente difforme rispetto a quella della Corte Costituzionale valorizzando, a tal fine, la valenza "generalista" del più volte richiamato art. 129 disp. Att. C.p.p. con conseguente esperibilità di una azione contabile finalizzata al ristoro del danno all'immagine anche nell'ipotesi in cui lo stesso sia conseguenza della commissione di reati comuni³⁹⁷.

Il dibattito sul tema sembra aver trovato compiuta soluzione nella recentissima pronuncia della Corte dei Conti Sezioni riunite n. 8 del 2015 la quale, nel riallinearsi definitivamente alle statuizioni espresse dalla Corte Costituzionale, ha cristallizzato il principio secondo cui *"Il danno all'immagine della p.a., fatte salve le ipotesi speciali di cui all'art. 55 quinquies, comma 2, d.lg. n. 165 del 2001, e l'art. 46 d.lg. n. 33 del 2013, è disciplinato dall'art. 17, comma 30 ter, d.l. n. 78 del 2009 e s.m.i. mediante il rinvio ai soli casi e modi previsti dall'art. 7 l. 27 marzo 2001 n. 97, e pertanto deve essere risarcito nel solo caso consegua alla commissione di un reato contro la p.a. previsto dal capo I, titolo II, del libro II del codice penale"*.

Viene, quindi, esclusa in radice ogni ipotesi di estensione dell'applicabilità della norma anche a reati di tipo comune. A tal fine viene, infatti, sottolineato come, *"l'espressa*

³⁹⁴ Sul punto VETRO A., *Il danno all'immagine della P.A. dopo il Lodo Bernardo (art. 17 comma 30-ter, d.l. n. 79 del 2009): una discutibile pronuncia della Consulta*, 2011, disponibile su www.respamm.it.

³⁹⁵ Con commento di VETRO A., *Nuovi spunti della prima sezione in tema di giurisdizione sugli amministratori e dipendenti delle società con partecipazione pubblica, di danno all'immagine della P.A. e del c.d. danno alla concorrenza*, 2013, disponibile su www.respamm.it.

³⁹⁶ In tal senso Cass. n. 7950 del 1995, Cass. 22601 del 2004, Cass. 23016 del 2004, Cass. 574 del 2007, Consiglio di Stato n. 1292/1996, T.A.R. del Lazio n. 1221/1983, T.A.R. Friuli n. 5/1991.

³⁹⁷ In tal senso Corte dei conti, Sezione III app., 13.4.2012, n. 286; Sezione giurisdizionale Toscana, n. 90/2011, cit.; Sezione giurisdizionale Lombardia, nn. 640 e 641/2009; nn. 16, 50, 130, 131, 132, 318 e 813/2010; Sezione giurisdizionale Lazio, n. 462/2009.

salvezza disposta dall'art. 7 l. 27 marzo 2001 n. 97, con riferimento all'art. 129 disp. att. c.p.p., non vale a istituire un doppio binario per il procedimento di responsabilità amministrativa per il risarcimento del danno all'immagine della p.a.”. Coerentemente viene, poi, evidenziato come “il rinvio al reato più grave contenuto in talune disposizioni del capo I, titolo II, del libro II del codice penale, cui rinvia l'art. 17, comma 30 ter d.l. 1 luglio 2009 n. 78 per il tramite dell'art. 7 legge 27 marzo 2001 n. 97, non ha l'efficacia di estendere il novero dei reati per i quali è possibile per il p.m. contabile procedere per il risarcimento del danno all'immagine della p.a.”.

La questione deve essere ad oggi totalmente rivisitata a seguito della recente entrata in vigore del d.lgs. n. 174 del 2016 (Codice della Giustizia Contabile) che ha proceduto all'abrogazione esplicita dell'art. 7 l. 97 del 2001.

La norma contenuta in tale articolo sembra essere “riaffiorata” sotto una diversa forma all'interno dell'art. 51 della novella citata³⁹⁸.

La principale innovazione introdotta concerne l'avvenuta espunzione della tanto contestata limitazione ai soli reati del capo I del titolo I del libro secondo del codice penale con conseguente possibilità in capo al PM contabile di poter agire per il recupero del danno erariale all'immagine ogni volta in cui ci si trovi di fronte a sentenze irrevocabili di condanna pronunciate per qualsiasi tipologia di reati.

8. IL DANNO ERARIALE CONSEGUENTE ALLA CONDOTTA DEI RAPPRESENTANTI DEGLI ENTI PUBBLICI PARTECIPANTI NELL'ESERCIZIO DEI PROPRI DIRITTI DI SOCIO.

Uno dei passaggi più rilevanti della nota ordinanza della Corte di Cassazione n. 26806 del 2009 individuava quale ipotesi di danno erariale diretto, ricadente nella giurisdizione contabile, la svalutazione della partecipazione in conseguenza dei comportamenti dolosi o gravemente colposi tenuti dal rappresentante dell'ente pubblico partecipante che avesse omesso di esercitare tempestivamente i propri diritti di socio a tutela della società partecipata.

³⁹⁸ Secondo cui “La sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nei confronti dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché degli organismi e degli enti da esse controllati, per i delitti commessi a danno delle stesse, è comunicata al competente procuratore regionale della Corte dei conti affinché promuova l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato. Resta salvo quanto disposto dall'articolo 129 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, approvate con decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271”.

La fattispecie in questione, come già sottolineato, è stata positivizzata dall'ultimo periodo del comma II dell'art. 12 del d.lgs. 175/2016 che definisce espressamente come danno erariale quello che derivi al valore della partecipazione in conseguenze dell'esercizio dei diritti di socio. La norma in questione, a seguito delle osservazioni formulate in sede consultiva dal Consiglio di Stato, è stata "rivisitata" rispetto alla versione precedente inserita nella bozza di decreto al fine di ampliarne l'ambito applicativo anche nelle ipotesi di un comportamento non omissivo.

Come già anticipato nei paragrafi che precedono, tale innesto normativo ben si coordina con le nuove norme inserite nel testo unico volte a responsabilizzare in maniera importante i rappresentanti degli enti soci (si pensi ad esempio ai già citati artt. 13 e 14 del d.lgs. 175/016).

Oggetto di tutela è senza dubbio la partecipazione societaria. Trattasi di un bene proprio della P.A., alimentate da pubbliche risorse, il cui valore è sostanzialmente agganciato a quello del patrimonio netto della società partecipata.

L'Ente Pubblico, in quanto socio (spesso in via maggioritaria se non totalitaria), esercita evidentemente un'influenza determinante sull'attività dei soggetti partecipati sia nella fase genetica che in quella operativa e patologica (conferimento capitali, deliberazione degli aumenti capitale, esercizio delle azioni di responsabilità previste dal codice civile, ripianamento perdite o messa in liquidazione della società ecc.).

Tale, legame, ovviamente, si fa più intenso nelle ipotesi delle c.d. società *in house* dove, stante l'esistenza dell'imprescindibile elemento del controllo analogo (oggi garantito da norme che consentono deroghe espresse ai meccanismi di amministrazione previsti ordinariamente dal codice civile), i rappresentanti dell'ente pubblico socio ricoprono una posizione di "garanzia" più sensibile in virtù dei penetranti poteri di cui sono dotati. Analogamente a quanto avviene nell'ambito dei gruppi societari, l'Ente socio è investito di poteri di direzione e coordinamento volte alla realizzazione degli scopi perseguiti dal "gruppo", non strettamente economici, in ordine alla erogazione dei servizi alla collettività.

Alla luce dei principi di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. e di economicità ed efficacia positivizzati nell'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo, si è ritenuto, condivisibilmente, che 'Ente di riferimento "*nella sua duplice qualità di regolatore del servizio e di azionista dell'organismo partecipato*", deve predisporre, in ragione dell'entità della partecipazione, un apparato adeguato ed efficace di controllo che monitori la corretta erogazione del servizio "*e procedere alle verifiche finanziarie,*

contabili e gestionali necessarie per comprendere se la società svolga in modo funzionale agli interessi pubblici di cui è portatore l'ente, la sua attività o meno"³⁹⁹.

Quanto ai soggetti attivi cui imputare le eventuali responsabilità, il nuovo Testo Unico introduce importanti disposizioni finalizzate all'individuazione dei soggetti su cui debba di fatto incombere l'obbligo di controllo.

Norma centrale della legge di riordino, di valenza onnicomprensiva stante la sua pacifica applicabilità anche alle società quotate nei mercati regolamentati, è contenuta nell'art. 9 del decreto rubricato "*Gestione delle partecipazioni pubbliche*"⁴⁰⁰ ove vengono individuati e definiti i poteri e le modalità di esercizio.

³⁹⁹ ASTEGIANO G., *Gestione delle partecipazioni pubbliche e responsabilità degli amministratori e dirigenti dell'ente socio*, in *Azienditalia*, 2016, 10, pagg. 930 e ss.; sul tema si vedano, altresì, ROMAGNOLI G., "*Gestione e controllo*" di enti. *Profili di responsabilità erariale per l'impiego di risorse pubbliche in società*, in *Danno e Responsabilità*, 2009, 5, pagg. 568 e ss. e ancora ASTEGIANO G., *Società pubbliche. Insolvenza e responsabilità*, op. cit., pagg. 129 e ss..

⁴⁰⁰ Art. 9. Gestione delle partecipazioni pubbliche

1. *Per le partecipazioni pubbliche statali i diritti del socio sono esercitati dal Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con altri Ministeri competenti per materia, individuati dalle relative disposizioni di legge o di regolamento ministeriale.*
2. *Per le partecipazioni regionali i diritti del socio sono esercitati secondo la disciplina stabilita dalla regione titolare delle partecipazioni.*
3. *Per le partecipazioni di enti locali i diritti del socio sono esercitati dal sindaco o dal presidente o da un loro delegato.*
4. *In tutti gli altri casi i diritti del socio sono esercitati dall'organo amministrativo dell'ente.*
5. *La conclusione, la modificazione e lo scioglimento di patti parasociali sono deliberati ai sensi dell'articolo 7, comma 1.*
6. *La violazione delle disposizioni di cui ai commi da 1 a 5 e il contrasto con impegni assunti mediante patti parasociali non determinano l'invalidità delle deliberazioni degli organi della società partecipata, ferma restando la possibilità che l'esercizio del voto o la deliberazione siano invalidate in applicazione di norme generali di diritto privato.*
7. *Qualora lo statuto della società partecipata preveda, ai sensi dell'articolo 2449 del codice civile, la facoltà del socio pubblico di nominare o revocare direttamente uno o più componenti di organi interni della società, i relativi atti sono efficaci dalla data di ricevimento, da parte della società, della comunicazione dell'atto di nomina o di revoca. E' fatta salva l'applicazione dell'articolo 2400, secondo comma, del codice civile.*
8. *Nei casi di cui al comma 7, la mancanza o invalidità dell'atto deliberativo interno di nomina o di revoca rileva come causa di invalidità dell'atto di nomina o di revoca anche nei confronti della società.*
9. *Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle partecipazioni di pubbliche amministrazioni nelle società quotate.*

Quanto alle società a partecipazione statale l'esercizio dei diritti di socio è attribuito, in linea generale, al Ministero dell'Economia e delle Finanze (di concerto con eventuali altri dicasteri competenti per materia).

A livello regionale l'individuazione del soggetto di riferimento per l'esercizio delle prerogative sociali è demandato a disposizioni ad hoc emanate dalle regioni stesse.

Quanto all'ipotesi di società partecipate da enti locali i diritti sono esercitati dal Sindaco, dal Presidente o da altro soggetto appositamente delegato.

Da ultimo, con riferimento a tutte le restanti ipotesi, viene stabilito che i diritti di socio sono esercitati dall'organo amministrativo dell'ente partecipante.

Con specifico riferimento alle autonomie locali è opportuno segnalare le importanti disposizioni in tema di controlli inserite nel TUEL dal d.l. n. 174 del 2012 (Disposizioni urgenti in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali, nonché ulteriori disposizioni in favore delle zone terremotate nel maggio 2012).

Trattasi di norme volte a disciplinare e potenziare in maniera organica i meccanismi di controllo con riferimento alle entità locali con popolazione non inferiore ai 15.000 abitanti⁴⁰¹.

Le modifiche in questione hanno interessato l'art. 147 e seguenti del TUEL.

In ordine alle società partecipate la disciplina di riferimento è inserita nel nuovo art. 147-quater⁴⁰² il quale al primo comma impone l'obbligo di procedere alla predisposizione di un sistema di controllo delle società (non quotate) secondo la *"propria autonomia organizzativa"* prevedendo, quindi, ai commi successivi penetranti compiti di monitoraggio degli obiettivi gestionali per il tramite di un sistema informativo adeguato che consenta l'analisi periodica della situazione contabile, gestionale, organizzativa e finanziaria.

Lo scopo dichiarato è quello di consentire una pronta analisi degli scostamenti rispetto agli obiettivi assegnati ed individuare conseguentemente le opportune azioni correttive *"anche in riferimento a possibili squilibri economico-finanziari rilevanti per il bilancio dell'ente"*.

10. Resta fermo quanto disposto dal decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56.

⁴⁰¹ Le prescrizioni in questione hanno trovato applicazione in maniera graduale: per gli enti con popolazione superiore ai 100.000 abitanti il termine previsto era l'inizio del 2013; inizio 2014 per gli enti superiori a 50.000 abitanti; primo gennaio 2015 per i comuni al di sopra dei 15.000.

⁴⁰² Introdotto dall'art. 3 comma 1 lett. d) del d.l. n. 174 del 2012, convertito con legge n. 212 del 2012.

Coerentemente a tali vincoli viene quindi introdotto l'obbligo di un bilancio consolidato che offra una lettura dei fatti gestionali secondo il principio di competenza economica⁴⁰³.

L'impianto sopra evidenziato si allinea in maniera evidente con le conclusioni ripetutamente enunciate dai Giudici contabili sia in sede giurisdizionale che di controllo in ordine agli obblighi di vigilanza cui gli amministratori di un Ente socio al fine di non incorrere in responsabilità di carattere erariale. Quest'ultimo, infatti, alla luce della natura pubblica delle risorse impiegate e degli immanenti principi finalizzati al buon andamento, è tenuto ad un costante e periodico controllo sulle proprie partecipate che non deve *“limitarsi ad una verifica successiva sulla gestione, attraverso l'approvazione del bilancio, né ridursi al mero esercizio del potere di nomina dei rappresentanti dell'Ente in seno al Consiglio di Amministrazione della società partecipata, ma deve essere un controllo attuale, puntuale e concomitante all'attività gestionale della società”*⁴⁰⁴.

Delineato sinteticamente il quadro di riferimento vale la pena, quindi, soffermarsi brevemente sulla casistica di maggior interesse affrontata negli ultimi anni dalla giurisprudenza contabile⁴⁰⁵.

Il tema della responsabilità dei rappresentanti degli enti in ordine al documento erariale cagionato in conseguenza della mancata diligenza nell'esercizio dei propri diritti di socio non è, infatti, una tematica nuova: l'ordinanza 26809 del 2009 e il recente art. 12 del nuovo Testo Unico hanno infatti cristallizzato un principio ripetutamente già applicato in passato dai giudici contabili.

⁴⁰³ Come evidenziato correttamente da ASTEGIANO G., *Gestione delle partecipazioni pubbliche e responsabilità degli amministratori e dirigenti dell'ente socio*, op. cit. tale norma non appare allo stato di agevole applicazione stante la necessità di un coordinamento con la riforma ancora in essere della contabilità locale.

⁴⁰⁴ Corte dei Conti, Sez. giurisd. Toscana n. 267 del 2009, a livello di sezione controllo si segnalano Corte dei Conti Lazio n. 67 del 2009 e, più recentemente Lombardia n. 20 del 2015 (tutte richiamate da ASTEGIANO G., *Società pubbliche. Insolvenza e responsabilità*, op. cit., pag. 130).

⁴⁰⁵ Per una interessante rassegna si veda il Documento pubblicato dalle Commissioni “Servizi pubblici” e “Governance delle partecipate” del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili dal titolo *Responsabilità degli amministratori degli enti pubblici per i danni derivanti da perdite patrimoniali causati dalla gestione delle società partecipate*, maggio 2010, disponibile sul sito www.cndcec.it.

Volendo immaginare alcune macro-categorie in cui incasellare le più diffuse ipotesi di responsabilità, pare ragionevole distinguere, in prima battuta, quelle che derivano dall'omesso esercizio dei diritti di socio in una fase patologica della vita societaria e quelle che si inseriscono, in virtù di condotte attive, nel momento genetico o comunque operativo della società.

Per quanto concerne la prima macro-categoria viene in rilievo la considerazione di fondo, cui si è già accennato, in ordine alla sussistenza di penetranti obblighi di vigilanza in capo agli amministratori pubblici i quali, oltre a fornire le opportune direttive di indirizzo, sono necessariamente tenuti a verificare il rispetto da parte degli organi amministrativi della società partecipata delle indicazioni ricevute. Nel caso in cui ciò non avvenga è d'obbligo l'intervento dei rappresentanti dell'ente socio (sindaco, eventuale assessore delegato alle partecipazioni, dirigente di settore) al fine di promuovere le azioni più opportune. Una eventuale omissione è sicuramente fonte di responsabilità erariale in ordine alla eventuale perdita di valore subita dalla partecipazione.

In linea di principio, infatti, ogni volta che si registri una perdita d'esercizio, l'Ente socio è necessariamente tenuto a vagliarne le cause e ad esercitare le dovute azioni per il recupero.

A livello di giurisprudenza contabile è dato ormai assodato il fatto che sussista responsabilità di tipo contabile in capo al rappresentante dell'Ente quotista. In un noto caso del 1999 (poi confermato anche nei gradi di giudizi successivi) è stata riconosciuta la responsabilità dei Sindaci (succedutesi negli anni) di un Comune, azionista unico di una società di capitali, che avevano omesso di esercitare le dovute azioni di responsabilità nonostante le cospicue perdite registrate per la cattiva gestione⁴⁰⁶.

Di notevole interesse i principi enunciati in quella sede: in primo luogo è stato rilevato come l'omesso esercizio dell'azione – concretizzatosi con la mancata pronta convocazione del Consiglio Comunale che avrebbe dovuto deliberare in tal senso – non rientrasse tra le attività discrezionali dell'Amministrazione ma consistesse *“in una violazione di precisi obblighi di tutela del patrimonio comunale conseguenti al prescelto modulo organizzativo della società”*; in secondo luogo è stato ritenuto,

⁴⁰⁶ Corte dei Conti, sez. giurisd. Lazio n. 1015 del 1999; in senso analogo Corte dei Conti, sez. giurisd. Abruzzo n. 801 del 2005 (nel caso di specie però venne emessa sentenza di assoluzione in favore del presidente della Giunta Regionale per l'assenza del requisito della colpa grave); e ancora Corte dei Conti, sez. giurisd. Toscana n. 267 del 2009.

condivisibilmente, che ai fini della prescrizione dell'azione erariale il momento da prendere a riferimento per l'inizio del decorso del termine fosse quello dell'avvenuta impossibilità di poter esercitare le ordinarie azioni previste dal codice civile (2393 c.c.) per l'inutile decorso del termine quinquennale (solo in quel momento, infatti, poteva ritenersi consolidato il danno subito stante l'impossibilità di procedere ad un recupero per le vie ordinarie); da ultimo viene statuito che il danno erariale subito possa essere qualificato quale danno da perdita di chance in ragione del mancato recupero che sarebbe potuto conseguire in ragione di un esercizio diligente delle prerogative del socio.

Quanto alla quantificazione del danno, un utile parametro è dato dalla perdita di gestione (nel limite, ovviamente, della quota di partecipazione detenuta) fatta salva l'individuazione in concreto in ragione del potere equitativo del Giudice contabile. Sul punto, con particolare riferimento all'ipotesi di fallimento di una società partecipata è stato ritenuto che un evento siffatto sia da reputarsi quale evento specifico di danno erariale all'Ente partecipante in misura al capitale investito nella società, con concorrente responsabilità degli amministratori della fallita e dei rappresentanti dei soggetti quotisti⁴⁰⁷.

Sempre sul piano prettamente omissivo sono stati stigmatizzati a più riprese ulteriori comportamenti integranti forme evidenti di omissione dei dovuti obblighi di vigilanza sulla gestione⁴⁰⁸ nonché la mancata revoca di amministratori rivelatisi inadeguati o che comunque non si erano attenuti alle direttive impartite dall'Ente socio⁴⁰⁹.

Sul piano dei comportamenti c.d. attivi, ad oggi sicuramente rilevanti anche alla luce della definitiva formulazione dell'art. 12 d.lgs. 175/2016 (che ha espunto su sollecito del Consiglio di Stato il mero riferimento alle condotte omissive) sono da segnalare numerose pronunce che hanno valorizzato ai fini della declaratoria di responsabilità condotte siffatte perpetrate sia nel corso dell'operatività della società, sia al momento genetico di costituzione della stessa.

Causative di danno, spesso in concorrenza con contestuali fattispecie di carattere omissivo, sono state ritenute, ad esempio: le condotte finalizzate alla nomina di

⁴⁰⁷ Corte dei Conti, sez. giurisd. Toscana n. 267 del 2009.

⁴⁰⁸ Corte dei Conti, sez. contr. Lazio n. 67 del 2009.

⁴⁰⁹ Corte dei Conti, sez. giurisd. Valle D'Aosta n. 2 del 2009; Corte dei Conti, sez. giurisd. Marche n. 22 del 2009.

amministratori evidentemente privi di requisiti⁴¹⁰; la delibera di ricapitalizzazione di una società nonostante la “*piena consapevolezza dell’inutilità economica e della inidoneità dello strumento societario*” al fine della corretta erogazione del servizio⁴¹¹; l’aver approvato, senza una critica valutazione delle risultanze negative di gestione, il bilancio di previsione della società o la relazione del Presidente del Consiglio di Amministrazione “*dando atto dell’ottimo lavoro svolto*”⁴¹²;

Quanto alle ipotesi di responsabilità derivanti da condotte perpetrate a “monte” della costituzione della società le stesse si identificano, ad esempio, nella scelta di dare vita ad un ente per finalità meramente elusive o senza una adeguata valutazione dell’effettiva realizzabilità del piano societario o, ancora, dando la genesi alla creazione di un soggetto il cui “core business” non sia in alcun modo legato alle finalità pubbliche che l’Amministrazione deve perseguire.

In merito alle società di tipo “elusivo” è stata ripetutamente stigmatizzata, ad esempio, la costituzione di una società di capitali in assenza di valide ragioni economico-operative che ne giustificassero l’esistenza e al solo evidente fine di procedere ad assunzioni di personale⁴¹³.

In ordine all’ipotesi di soggetto costituito in assenza di una adeguata valutazione dell’effettiva realizzabilità del progetto operativo sono state ritenute causative di danno erariale, ad esempio, le delibere volte a dare vita a società di capitali in presenza di palesi elementi che denotassero l’impossibile raggiungimento dello scopo societario sotto il profilo giuridico e fattuale⁴¹⁴, o in assenza di una valutazione critica del piano d’impresa della società (sotteso alla scelta del sindaco di far entrare il Comune come socio sovventore in una Cooperativa)⁴¹⁵, o, ancora, in assenza di un valido progetto unitario ed organico di recupero o riqualificazione di zone urbanisticamente compromesse o di nuova urbanizzazione (caso riguardante la particolare tipologia rappresentata dalla Società di Trasformazione Urbana)⁴¹⁶.

⁴¹⁰ Corte dei Conti, sez. giurisd. Toscana n. 267 del 2009.

⁴¹¹ Corte dei Conti, sez. giurisd. Trentino n. 19 del 2008; in senso analogo Corte dei Conti, sez. giurisd. Marche n. 492 del 2005.

⁴¹² Corte dei Conti, sez. giurisd. Toscana n. 267 del 2009.

⁴¹³ Corte dei Conti, sez. giurisd. Toscana n. 372 del 2008.

⁴¹⁴ Corte dei Conti, sez. giurisd. Trentino n. 19 del 2008;

⁴¹⁵ Corte dei Conti, sez. giurisd. Sardegna n. 2051 del 2008

⁴¹⁶ Corte dei Conti, sez. giurisd. Friuli n. 98 del 2008.

L'entità del danno risarcibile nei casi siffatti viene ragionevolmente parametrata all'investimento finanziario nella costituzione della società (comprensivi dei relativi costi dell'operazione) oltre agli eventuali conferimenti per le operazioni di ripianamento o di aumento del capitale sociale.

Sul tema, una norma di riferimento importante era contenuta nel più volte citato comma 27 dell'art. 3 l. 244 del 2007 (legge finanziaria per il 2008) secondo cui *“le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ne' assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società”*. Tale disposizione, abrogata dal recente d.lgs. 175 del 2016, ha trovato di fatto nuova collocazione nell'art. 4 del nuovo Testo Unico (rubricato *“Finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche”*).

Lo scopo di tale norma è evidentemente quello di frenare l'utilizzo “abusivo” dello schema societario per finalità “estranee” introducendo la necessità di una “causa rafforzata” per la costituzione di società partecipate.

La creazione di un soggetto societario in violazione di tale disposizione “di sistema” (o l'eventuale cambio “in corsa” dell'oggetto sociale) implica necessariamente una forma di responsabilità erariale per il nocumento che dovesse derivare al valore della partecipazione in cui sono state investite risorse pubbliche.

Nel caso di specie è da ritenere che un danno risarcibile possa tranquillamente sussistere anche nell'ipotesi in cui la perdita del patrimonio sociale non sia conseguenza di una eventuale *mala gestio* degli amministratori di società ma di semplici contingenze di mercato di per sé non stigmatizzabili in quanto normalmente rientranti nell'alveo insindacabile della discrezionalità imprenditoriale. Questo perché, di fondo, il problema è dato a monte dalla stessa scelta di voler costituire un ente con scopi non compatibili o comunque non pertinenti con le finalità pubbliche perseguite con la conseguenza che ogni perdita che derivi da tale scelta deve essere imputata ai rappresentanti dell'ente che abbiano dato vita alla società.

9. DANNO DA MALA GESTIO NELLE SOCIETÀ IN HOUSE E SINDACABILITÀ DELLE SCELTE IMPRENDITORIALI.

La previsione espressa inserita nella formulazione definitiva dell'art. 12 del d.lgs. 175 del 2016 riconosce ad oggi la giurisdizione contabile con riferimento alle condotte causative di danno erariale perpetrate con dolo e colpa grave dagli amministratori delle c.d. società "in house".

Ciò implica, in sostanza, che sono potenziale oggetto di scrutinio giudiziale anche tutti quei comportamenti di natura gestionale che abbiano cagionato un danno diretto al patrimonio sociale.

La domanda da porsi a questo punto è se sia ammissibile e, nel caso di risposta affermativa, in quali termini un sindacato della Corte dei Conti in ordine a quelle scelte di natura imprenditoriale che abbiano cagionato un nocumento al patrimonio sociale.

La questione non è di agevole soluzione.

Come già evidenziato in precedenza l'art. 1 della l. 20 del 1994 (disposizioni in materia di giurisdizione della Corte dei Conti) prevede espressamente l'insindacabilità nel merito delle scelte avente natura discrezionale.

In linea di principio le scelte imprenditoriali assunte dall'amministratore nella gestione della società dovrebbero ricadere in tale ambito visto e considerato che trattasi di una attività in astratto libera soggetta al normale rischio di impresa⁴¹⁷.

Un disconoscimento *tout court* del merito imprenditoriale attraverso la stigmatizzazione di ogni comportamento manageriale da cui sia derivata una perdita non pare ammissibile anche alla luce del fatto che ciò determinerebbe una sostanziale paralisi dell'attività economica esercitata⁴¹⁸.

Sotto il profilo strettamente fiscale il principio dell'insindacabilità trova conferma nella tendenziale impossibilità in capo all'Amministrazione Finanziaria di disconoscere l'inerenza di costi che, seppur strettamente afferenti ad operazioni risultate non proficue o addirittura dannose per la società, siano stati affrontati dall'imprenditore in ragione di scelte squisitamente manageriali.

Tale assunto, a dire il vero, conosce però un limite rappresentato dalle ipotesi di scelte gestionali palesemente antieconomiche e assolutamente irragionevoli.

⁴¹⁷ Ex multis si veda Cass. n. 2359 del 1965.

⁴¹⁸ La problematica è affrontata da SPERANZA L., *Le funzioni della Corte dei Conti nei riguardi degli enti pubblici economici. La giurisprudenza della Corte Suprema in tema di giurisdizione. Prospettive attuali e future*, in Riv. C. dei Conti, 2001, 3, IV, pagg. 375 e ss..

Sul punto la giurisprudenza di legittimità ha inaugurato a partire dai primi anni 2000⁴¹⁹ un orientamento che legittima, sotto il profilo tributario, un disconoscimento dei costi collegati ad operazioni caratterizzati da una palese illogicità imprenditoriale. La *ratio* di fondo è da ricercarsi nella ragionevole convinzione che la presenza anomala di voci passive possa sottendere logiche di natura extra-imprenditoriale che ne snaturano l'inerenza ai sensi dell'art. 109 comma 5 TUIR (norma secondo cui la deducibilità è ammessa nella misura in cui i costi sostenuti siano effettivamente riferibili all'attività d'impresa).

Considerazioni siffatte sono potenzialmente replicabili anche con riferimento alla sindacabilità sotto il profilo della responsabilità erariale delle scelte apparentemente imprenditoriali imputabili agli amministratori di una società partecipata. Anche in questo caso, infatti, la sussistenza di operazioni palesemente irragionevoli ed antieconomiche, spesso sintomo di finalità di carattere extra-imprenditoriale di natura illecita, dovrebbero porsi al di fuori dell'alveo insindacabile delle scelte discrezionali.

Con riferimento alle società *in house* (e comunque le partecipate in genere) si impone però una precisazione.

La lettura dei fatti gestionali di una società connotata da finalità di carattere pubblicistico deve tenere ovviamente conto del fatto che la finalità lucrativa propria delle società per così dire "ordinarie" deve essere necessariamente "filtrata" con le diseconomie di sistema che derivano dal perseguimento del proprio oggetto sociale volto a garantire determinati servizi alla collettività.

Tale modello di gestione si caratterizza, poi, per una penetrante ingerenza dei rappresentanti degli enti partecipanti che esercitano il c.d. controllo analogo.

La legittimità o meno degli atti gestionali degli amministratori dovrebbe, pertanto, essere valutata anche in ragione della loro conformità alle direttive impartite dagli enti soci.

⁴¹⁹ Cass. n. 1821 del 2000, in senso conforme Cass. n. 12813 del 2000, Cass. n. 13478 del 2000, Cass. n. 6337 del 2002, Cass. n. 7680 del 2002, Cass. n. 10802 del 2002, Cass. n. 11240 del 2002, Cass. n. 6337 del 2002, Cass. n. 5870 del 2003, Cass. n. 20748 del 2006, Cass. n. 1712 del 2007.

La giurisprudenza contabile intervenuta a più riprese sul tema conferma in linea di principio l'insindacabilità del "merito" c.d. imprenditoriale delle scelte attuate dall'organo amministrativo⁴²⁰.

Viene però affermato che *"le scelte imprenditoriali del management delle società a partecipazione pubblica sono sottoposte al giudizio del giudice contabile per accertare la sussistenza di un danno erariale causato dal comportamento inadeguato, irrazionale o arbitrario nell'ambito della valutazione della sana gestione finanziaria sotto il profilo dell'efficienza, efficacia ed economicità, posto che l'insindacabilità di tali valutazioni non estromette la verifica giudiziale sul corretto esercizio del potere discrezionale, sulla base di parametri esterni (quali la competenza e la materia) e interni (rapporto tra fine istituzionale e fine concreto, congruità e proporzionalità delle scelte)"*⁴²¹.

Di fatto mutando criteri non dissimili a quelli utilizzati per valutare la sussistenza del vizio di eccesso di potere in ordine alle scelte amministrative discrezionali, la giurisprudenza contabile più accreditata ha in più occasioni ribadito la sicura sindacabilità degli atti di gestione caratterizzati da *"abnormità e palese irrazionalità"*⁴²². Si consideri, ad esempio, l'impiego della liquidità di cassa per l'acquisto a fini prettamente speculativi⁴²³ di strumenti finanziari derivati che non siano posti a copertura di rischi specifici dell'impresa quali l'oscillazione di tassi di interesse di un finanziamento a tasso variabile o il rischio di cambio per transazioni estere in valuta diversa dall'euro.

Pare evidente come in questi casi la scelta di procedere ad operazioni ad alto rischio, in alcun modo ricollegate al tipo di servizio pubblico reso, debbano essere necessariamente stigmatizzate in sede di processo contabile ogni volta in cui dalle stesse derivi un nocumento al patrimonio sociale.

⁴²⁰ Sul tema: APICELLA V., *Responsabilità degli amministratori degli enti di gestione*, in *Foro Amm.*, 1980, pag. 1129; CIARAMELLA A., *La tutela delle scelte discrezionali e di quelle imprenditoriali nel giudizio per responsabilità amministrativa*, in *Riv. Corte Conti.*, 2005, pag. 290.

⁴²¹ C. Conti Friuli-Venezia Giulia Sez. giurisdiz., 18-06-2009, n. 204 che richiama in senso conforme i principi già espressi da Corte dei Conti, Sez. Giur. Centrale n. 16 del 2007 e n. 127 del 2006.

⁴²² Ex multis Corte dei Conti, Sezioni Riunite n. 4 del 1999 e Corte dei Conti Sez. Giur. Centrale n. 2 del 2003.

⁴²³ Su un caso simile si veda Corte dei Conti, Sez. Giur. Abruzzo n. 67 del 2005.

Le stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁴²⁴, nel valorizzare i criteri oggi positivizzati nell'art. 1 legge 241 del 1990 di economicità ed efficacia, ha condivisibilmente affermato *“che rientra tra i poteri della Corte dei Conti, nell'ambito del giudizio di responsabilità, anche quello di verificare la ragionevolezza dei mezzi impiegati in relazione agli obiettivi perseguiti, dal momento che anche tale verifica è fondata su valutazioni di legittimità e non di mera opportunità”*.

Ulteriore parametro imprescindibile di riferimento è dato, senza dubbio, dal fine istituzionale che la società persegue. Ogni scelta imprenditoriale che si ponga in antitesi, o comunque in frizione, con le finalità sottese all'attività svolta e agli obiettivi di gestione è suscettibile di essere valutata quale irrazionale e foriera di un danno sicuramente erariale nell'ipotesi in cui dalla stessa conseguano effetti negativi sulle risorse pubbliche investite.

Acuta dottrina⁴²⁵, sul punto, ha avuto modo di sottolineare come *“il sindacato giurisdizionale debba essere limitato solo alla razionalità della scelta imprenditoriale in relazione agli obiettivi di gestione ed ai fini istituzionali dell'ente pubblico economico, secondo la nota regola del business judgement rule propria dell'esperienza nord-americana”*. Postulato di fondo di tale regola è che gli amministratori di norma non debbono trovarsi a rispondere dell'insuccesso del progetto economico. Tale forma di “immunità” presuppone però una condotta diligente (art. 2392 c.c.) degli stessi che si sia concretizzata in un agire consapevole (art. 2381 comma 6 c.c.) e senza alcun tipo di conflitto di interesse.

Il fatto gestionale si compone, infatti, di due momenti: uno prettamente cognitivo finalizzato alla raccolta delle informazioni necessarie sulla problematica da affrontare; uno deliberativo.

Il diligente espletamento della fase informativa con conseguente congruità della delibera di gestione sono elementi idonei ad escludere una eventuale forma di responsabilità.

La “causa rafforza” della particolare tipologia delle società *in house*, in quanto soggetti finalizzati al perseguimento dei fini pubblici propri dell'ente di riferimento, contribuisce a fornire una linea di indirizzo cui le decisioni di tipo manageriale devono necessariamente tenere conto.

⁴²⁴ Cass. SS.UU. n. 14488 del 2003.

⁴²⁵ URSI R. *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche*, in *Foro Amm.*, Cds. (II), fasc. 3, 2004, pagg. 693 e ss..

Approccio siffatto impone all'interprete (ovvero il giudice contabile) di procedere ad una valutazione della razionalità e della congruità della decisione oggetto di sindacato *“non ex post, ma ex ante, al momento in cui gli amministratori hanno operato ed in relazione alle concrete esigenze da perseguire, non in astratto, bensì in concreto”*⁴²⁶.

Alla luce di quanto sopra, con specifico riferimento alle società c.d. *in house*, è possibile conclusivamente “cristallizzare” i seguenti parametri di riferimento per la valutazione dell'eventuale abnormità o irrazionalità delle scelte di gestione oggetto di scrutinio: conformità al principio di massimizzazione di profitto tenuto conto delle eventuale diseconomie di sistema proprie del servizio erogato; coerenza rispetto all'interesse societario, al fine pubblico perseguito e alla natura dell'attività svolta; rispetto dei vincoli di natura privatistica e pubblicistica nonché delle direttive impartite in conseguenza dell'esercizio del controllo analogo da parte degli Enti Pubblici partecipanti.

Il solo rispetto della totalità dei parametri sopra enunciati, unitamente ad una adeguata attività istruttoria a fondamento della scelta manageriale effettuata, è in grado di evitare una qualsiasi forma di sindacato sull'operato amministrativo anche se dallo stesso fossero comunque derivate perdite di gestione.

⁴²⁶ URSI R. *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche*, op. cit.

CONCLUSIONI

Alla luce del quadro fin qui delineato si rendono opportune alcune riflessioni conclusive.

L'evoluzione storica del fenomeno delle società a partecipazione pubblica si è caratterizzata, come abbiamo visto, per una forte espansione, soprattutto a livello locale, a partire dagli anni '90.

Le ragioni di fondo, come più volte ripetuto, sono da individuarsi in astratto nell'esigenza in capo agli Enti pubblici - territoriali e non - di dotarsi di strumenti idonei all'erogazione dei servizi prestati connotati da una adeguata flessibilità operativa non compatibile con i rigidi meccanismi dell'azione amministrativa.

Da qui la proliferazione dei soggetti societari in mano totalmente o parzialmente pubblica non facilmente catalogabili in categorie omogenee stante la diversità dei compiti svolti.

Una recente circolare di Assonime ha prospettato una interessante macro-distinzione tra società pubbliche di mercato da una parte e c.d. "semi-amministrazioni" dall'altra.

Queste ultime (tra cui è possibile "incasellare" i soggetti *in house*, le società che prestano servizi strumentali ai sensi del c.d. decreto Bersani del 2006, le società a statuto c.d. singolare investite di funzioni eminentemente pubbliche) sono state provocatoriamente definite dalla suddetta circolare quali frutto di una *"una soluzione ibrida da abbandonare del tutto, in quanto contraddice la natura stessa dello strumento societario"*.

Tale considerazione prende spunto da una problematica di fondo rappresentata dalla compatibilità o meno del modello societario - idealmente connotato dalla scopo di lucro - con le finalità di carattere pubblico normalmente sottese all'attività amministrativa.

Tematica connessa concerne i riflessi della natura pubblica degli scopi perseguiti e delle risorse utilizzate sulla disciplina effettivamente applicabile a soggetti formalmente societari ma dall'"anima" amministrativa.

La domanda che ci si è posti, in sostanza, è se le peculiarità proprie delle società a partecipazione pubblica potesse giustificare una decisa deroga alle regole ordinarie previste per le società di capitali in ambiti di rilievo quali, ad esempio, l'assoggettamento alle procedure concorsuali o la tipologia di responsabilità ascrivibile agli amministratori (con conseguenti riflessi in punto di giurisdizione).

Il dibattito sul tema, lungi dal rimanere sul solo piano teorico, ha trovato un potente “combustibile” nel diffuso utilizzo patologico della forma societaria da parte degli Enti Locali da cui è derivata una emorragia “diffusa” di risorse pubbliche.

Impossibile negare, infatti, come lo strumento societario sia stato ripetutamente utilizzato con finalità di carattere elusivo (al fine di aggirare vincoli di natura pubblicistica quali l’obbligo di evidenza pubblica negli appalti o il principio concorsuale nelle assunzioni di personale) o semplicemente di carattere clientelare (trasformando i posti dei CDA quali forme di “moneta politica” di scambio).

In un contesto di abuso diffuso del modello privatistico si è registrato, poi, l’allarmante fenomeno della sostanziale immunità degli amministratori delle società che raramente vedevano mosse nei loro confronti le dovute azioni di responsabilità da parte degli Enti quotisti rappresentati dai medesimi soggetti che avevano effettuato le nomine su base prettamente fiduciaria.

L’esigenza di garantire una adeguata tutela delle risorse erariali impiegate rappresenta senza dubbio una delle motivazioni sottese alla tendenza della giurisprudenza contabile degli ultimi anni di ampliare il proprio ambito di giurisdizione ricomprendendo anche le ipotesi di danno cagionato dagli amministratori delle società partecipate.

I Giudici Contabili, come abbiamo visto, in ragione di una interpretazione “generosa” della locuzione “*materie di contabilità pubblica*” inserita all’art. 103 Cost. ha dato vita ad un costante filone giurisprudenziale volto a valorizzare in via quasi esclusiva la natura erariale delle risorse utilizzate, così “dequotando” di fatto il necessario elemento del c.d. “rapporto di servizio”.

Il filone c.d. “panpubblicista” ha proceduto, in sostanza, alla “entificazione” di soggetti formalmente privati in ragione dei numerosi “sintomi” di pubblicità rilevati in capo agli stessi e ritenuti idonei a legittimare una decisa deroga rispetto alle norme ordinariamente previste dal codice civile in tema di responsabilità.

Elemento “accelerante” di siffatto orientamento è da individuarsi, poi, nel più volte citato art. 16 bis del d.l. n. 248 del 2007 in tema di società pubbliche quotate che ha offerto argomenti ritenuti decisivi, in ragione di una sua discutibile interpretazione a contrario, in ordine alla sussistenza in via generalizzata della competenza del giudice contabile con riferimento alle società pubbliche.

In tale contesto si inseriscono, inoltre, le spinte per così dire “sostanzialistiche”, valorizzate a più riprese dalla giurisprudenza contabile, rappresentate dagli approdi

della giurisprudenza comunitaria in tema di “organismo di diritto pubblico” e dalla nuova concezione in senso “oggettivo” dell’attività amministrativa.

Di converso, la giurisprudenza di legittimità, al di là della “parentesi” del periodo 2003-2009 (a seguito della nota ordinanza n. 19667 del 2003), sembra essersi assestata, in punto di riparto di giurisdizione, su un orientamento maggiormente aderente al dato positivo.

Oltre alla presa d’atto del “muro” invalicabile rappresentato dall’art. della l. n. 70 del 1975 (secondo cui “*nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge*”), i giudici di legittimità hanno correttamente evidenziato a più riprese come, in assenza di norme esplicite che comportino una deroga dell’ordinaria disciplina in tema di responsabilità previsto dal codice civile con riferimento alle società di capitali, è da escludersi che possa configurarsi una concorrente o esclusiva azione del Procuratore contabile relativamente ai danni cagionati dall’amministratore al patrimonio sociale.

Orientamento siffatto, nel porsi in assoluta coerenza con le indicazioni desumibili dalla Relazione al Codice Civile, afferma in sostanza che, in assenza di deroghe espresse, la scelta da parte dell’Ente Pubblico di avvalersi un modulo organizzativo di tipo societario comporta la conseguente soggezione alle regole ordinarie che disciplinano il fenomeno non essendo concepibile un non meglio definito principio di attrazione del privato verso il pubblico in ragione di asseriti “sintomi” di pubblicità riscontrati in tali soggetti.

Tale approccio è da ritenersi assolutamente condivisibile anche alla luce del fatto che i c.d. *stakeholder* esterni, nel relazionarsi con la società (che, per quanto a partecipazione pubblica, è comunque soggetta all’iscrizione nel registro delle imprese con conseguenti effetti di natura pubblicitaria), fanno ragionevole affidamento sulla “genuinità” del modello utilizzato e sull’applicabilità alla stessa della disciplina ordinaria in punto di responsabilità degli amministratori.

A fronte delle criticità di sistema sopra evidenziate il legislatore si è adoperato negli anni ad introdurre numerose disposizioni volte a prevenire, ove possibile, gli abusi tipici realizzati per mano dei modelli privatistici utilizzati. Esempi in tal senso sono ravvisabili in quelle disposizioni finalizzate a ridurre il numero degli amministratori, limitare i compensi, regolare l’assunzione dei dipendenti ecc..

Norma di sistema di assoluta rilevanza era contenuta nel più volte citato art. 3 comma 27 della legge finanziaria per il 2008, oggi confluita integralmente nell'art. 4 del nuovo Testo Unico entrato in vigore nel settembre 2016.

La stessa, nel subordinare la costituzione di nuove società a partecipazione pubblica alla condizione che queste ultime avessero ad oggetto la produzione di beni e servizi *“strettamente necessari al perseguimento delle proprie finalità istituzionali*, ha posto un tassello decisivo, almeno nelle intenzioni, nella lotta al fenomeno, ormai incontrollato, del cd. “capitalismo municipale”.

Nessuna norma di “respiro” generale è stata però emanata in questi anni in un punto di responsabilità degli amministratori e riparto di giurisdizione così demandando, di fatto, la soluzione di tale problematica alla sola giurisprudenza.

Le coordinate principali sul tema, da cui il nuovo Testo Unico ha preso evidentemente ispirazione, sono state dettate in via definitiva dalla nota ordinanza n. 26806 del 2009 che ha riconosciuto in capo al Giudice Ordinario la giurisdizione sulle ipotesi di danno cagionato dai componenti degli organi amministrativi al patrimonio sociale. Patrimonio, ricordiamo, che stante il principio di responsabilità limitata proprio delle società di capitali deve ritenersi distinto da quello degli Enti quotisti a prescindere dalla provenienza pubblica delle risorse.

Pronunce di “assestamento”, che in parte forse “tradiscono” i principi enunciati nella pronuncia testè citata, hanno riguardato negli anni successivi le particolari ipotesi di società a statuto c.d. singolare cui sono demandate funzioni pubbliche e, soprattutto, di società *in house*.

Ad oggi la problematica sembra aver trovato definitiva composizione, almeno nelle intenzioni del legislatore, nell'art. 12 del d.lgs. n. 175 del 2016 entrato in vigore lo scorso 23 settembre.

Il Testo Unico in questione ha l'indubbio pregio di aver dato una veste sostanzialmente organica al fenomeno delle società pubbliche, da una parte facendo una preziosa “collazione” delle numerose norme introdotte negli anni in via frammentaria sul tema e, dall'altra, rimodulando e ridefinendo alcuni istituti.

Quanto al profilo della responsabilità, il più volte citato art. 12 ha in qualche modo risolto, pur permanendo qualche criticità interpretativa, la questione di giurisdizione cristallizzando il principio generale di soggezione degli amministratori delle partecipate pubbliche (totalitarie, miste, quotate e a statuto singolare) alle ordinarie azioni previste dal codice civile.

Di converso viene demandata alla giurisdizione contabile l'ipotesi di danno conseguente alla *“condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione”*.

Tale norma trova, che come già detto trova evidente ispirazione nei principi espressi dal *leading case* del 2009, si accompagna, peraltro, a numerose disposizioni volte, di converso, a responsabilizzare in maniera importante i rappresentanti dell'ente socio.

La scelta è condivisibile visto e considerato che una delle principali criticità spesso sollevate dai giudici contabili riguardava la sostanziale immunità degli amministratori delle società rispetto alle azioni di responsabilità.

Meno condivisibile appare, invece, la scelta di riservare uno “spazio” di giurisdizione contabile alle ipotesi di danno perpetrato nell'ambito di società c.d. *in house*, così di fatto mutuando l'indirizzo delle SS.UU. inaugurato nel 2013.

Prescindendo in queste sede dalle evidenti problematiche di carattere pratico legate al carattere per così dire *“fluidico”* di tale modello societario (visto e considerato che la qualità di *in house* – e la conseguente giurisdizione contabile - può sopravvenire o venir meno “in corso d'opera” senza che l'apparenza del modello sociale utilizzato venga intaccata), si ritiene che per ragioni di carattere sistematico sarebbe stata preferibile l'adozione di una soluzione unitaria (così come, peraltro, sembrava emergere dalla formulazione originaria della norma inserita nel progetto di decreto).

La vocazione "unitaria" del decreto pare per certi versi tradita da tale *discrimen*.

La ratio di fondo del provvedimento, infatti, consiste ragionevolmente nel delineare plurimi modelli operativi che fanno comunque riferimento, salvo le singole specificità, ai tipi societari previsti dal codice civile ed alla loro relativa disciplina.

La scelta di un regime differenziato in punto di responsabilità si pone come nota "stonata" in un progetto di riforma che aveva lo scopo dichiarato di semplificare e razionalizzare il sistema.

NOTA “POSTUMA”

Ritengo opportuno segnalare che dopo la conclusione del presente lavoro è “sopraggiunta” la dirompente pronuncia della Corte Costituzionale n. 251 del 2016, depositata in data 25 novembre 2016, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di alcune norme della c.d. legge “Madia” (in particolare gli artt. 11, 17, 18, 19 della l. n. 124 del 2015) su ricorso della Regione Veneto.

La pronuncia in questione, in particolare, dopo aver ricondotto le materie oggetto degli articoli sopra richiamati tra quelle caratterizzate da un “intreccio inestricabile” di competenze concorrenti, ha affermato, *“in senso evolutivo rispetto alla giurisprudenza precedente”*, che *“l’intesa nella Conferenza (Stato-Regioni o Unificata) è un necessario passaggio procedurale anche quando la normativa statale deve essere attuata con decreti legislativi delegati”*.

Con specifico riferimento ai contenuti dell’art. 18 della legge delega (relativa alle Società a partecipazione pubblica), la Corte ha sottolineato come la stessa incida *“su una pluralità di materie e di interessi, inscindibilmente connessi, riconducibili a competenze statali... (omissis)... e regionali”*. Conseguentemente ne è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale *“nella parte in cui, pur incidendo su materie di competenza sia statale sia regionale, prevedono che i decreti attuativi siano adottati sulla base di una forma di raccordo con le Regioni, che non è quella dell’intesa, ma quella del semplice parere, non idonea a realizzare un confronto autentico con le autonomie regionali”*⁴²⁷.

In merito alle norme introdotte dal d.lgs. n. 175 del 2016 è da evidenziare come la pronuncia in oggetto non abbia un’efficacia diretta essendo l’illegittimità costituzionale circoscritta *“alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso”*, non coinvolgendo le relative disposizioni attuative. Sul punto la Corte specifica che *“nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l’effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione”*.

Si apre, quindi, l’incognita di come il Governo, che potrebbe fare i conti a breve con le possibili “scosse” politiche derivanti da un esito negativo della consultazione

⁴²⁷ Relazione di sintesi disponibile al link cortecostituzionale.it/documenti/sinossi/2016/2016_251.pdf.

referendaria del prossimo 4 dicembre 2016, si muoverà per apportare i necessari correttivi al decreto appena emanato.

In tema di responsabilità degli amministratori delle partecipate pubbliche, trattandosi di materia che non dovrebbe intercettare potestà normative di natura concorrente, è ragionevole ritenere che la norma contenuta nel più volte citato art. 12 del d.lgs. 175 del 2016 possa rimanere invariata.

Nell'ipotesi di un venir meno di tale decreto troverebbero, invece, spazio gli approdi interpretativi ormai consolidati enunciati nei noti arresti delle SS.UU. del 2009 (in tema di società partecipate in genere) e del 2013 (società *in house*).

Quanto a quest'ultima tipologia di società, una possibile "correzione" di rotta potrebbe riguardare, eventualmente, il venir meno della necessità del requisito della partecipazione totalitaria (conformemente alle indicazioni del nuovo codice "appalti").

In ordine alle società c.d. "legali" o a "statuto singolare" è da ritenere che, ad eccezione di R.A.I. S.p.a. per cui è stata emanata recentemente una disposizione ad hoc, troverebbero nuovamente spazio gli orientamenti volti a ricondurre le ipotesi di responsabilità degli amministratori nell'ambito della giurisdizione contabile.

Verona, 26 novembre 2016

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Il partenariato pubblico-privato: normativa, implementazione, metodologica e buone prassi nel mercato italiano*, 2013, in <http://www.affariregionali.it/>

AA. VV., *Le società partecipate dagli enti locali: temi di attualità*, in *Azienditalia*, 2012, 3, 1;

AA.VV., *Le società a partecipazione pubblica degli enti territoriali*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2011.

ADIMARI D., *Privatizzazioni: nuovi problemi di giurisdizione*, dal sito www.amcorteconti.it,

ALFIERI G., *L'azione di responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica tra giurisdizione e normativa europea*, in *Resp. civ. e prev.* 2007, 2, 448;

AMATUCCI C., *Amministrazione e controllo delle società per azioni*, voce *Enciclopedia Giuridica*, annali IV, 2011;

ANDREIS M., *Società in house e giurisdizione contabile - il commento*, in *Urbanistica e Appalti*, 2014, 4, 395;

ANTONIOLI M., *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, Giuffrè, 2008;

ANTONIOLI M., *Analisi e riflessioni in tema di responsabilità amministrativa, società a partecipazione pubblica e riparto fra le giurisdizioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 3, 2013, 835;

APICELLA V., *Responsabilità degli amministratori degli enti di gestione*, in *Foro Amm.*, 1980, 1129;

ARENA A., *Le società commerciali pubbliche – Natura e costituzione*, Milano, 1942;

ARRIGONI R., *Moralità pubblica e danno non patrimoniale davanti alla Corte dei conti: due sentenze a confronto*, in *Riv. amm.* 2004, III, 1216;

ASSONIME, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, Roma, settembre 2008, in www.assonime.it;

ASTEGIANO G., *Gli illeciti degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici economici: dal giudice ordinario al giudice contabile*, in *Giur. it.* 2004, 1830;

ASTEGIANO G., *La responsabilità degli amministratori degli enti pubblici economici e delle società a partecipazione pubblica; dal giudice ordinario a quello contabile?* in *Dir. Regione* 2004, 3.

ASTEGIANO G., *Società pubbliche e responsabilità*, IPSOA 2015.

ATELLI M., *Ampliata la giurisdizione contabile agli atti di natura imprenditoriale*, in *Guida dir.* 2004, 4, 47;

ATELLI M., *La giurisdizione della Corte dei conti sulle società a partecipazione pubblica nell'età della fuga verso il diritto privato*, in *Giurisdizione della Corte dei conti e responsabilità amministrativo-contabile a dieci anni dalle riforme*, Napoli, 2005;

AURIEMMA S., *L'incidenza del danno, quale criterio di collegamento per la giurisdizione sulle società per azioni partecipate da ente pubblico*, in *Riv. Corte Conti* 2010, 3, 276;

BARBATI C., *Arcus S.p.a: la ricerca di un soggetto per i beni e le attività culturali*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica* a cura di CAMMELLI M. e DUGATO M., Giappichelli 2008, pagg. 275 e ss.;

BARBIERI E. M., *S.p.a. a prevalente capitale pubblico, appalto di lavori e diritto comunitario: una questione di giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 1996, 1267;

BATTINI F., *I rischi di danno erariale nella finanza derivata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 2, 193;

BATTINI F., *La giurisdizione della Corte su danni subiti da società pubblica*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2013, 3, 307;

BELCREDI M., *Amministratori indipendenti, amministratori di minoranza e dintorni*, in *Rivista delle Società*, 2005, 853;

BINDI A.-CARUSO G.M.(a cura di), *Sintesi del rapporto sulle società di proprietà pubblica. Controlli e responsabilità*, in *Servizi pubblici e appalti* 2006, 247;

BONURA H - FONDERICO G., *La riforma della pubblica amministrazione – le partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche e i servizi pubblici locali di interesse generale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2015, 5, 621.

BRANDOLINI E., *Qualificazione giuridica della società per azioni a partecipazione pubblica, giurisdizione della Corte dei Conti alla luce della L. 27 marzo 2001 n. 97 - Brevi osservazioni* in *Riv. Corte dei Conti* 4/2001, pag. 149;

BRIGUORI P., *La veste di Spa non salva dai controlli della Corte dei conti*, in *Dir. e giust.* 2004, 17, 51;

BRIGUORI P., *Verso una giurisdizione esclusiva per “blocchi” del giudice contabile*, in *Dir. e giust.* 2004, 5, 56;

BRONZETTI G., *Casi tipici di responsabilità nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1997;

CACACE S., *Il danno non patrimoniale alla P.A.: immagine, credibilità ed efficienza organizzativa*, in PONZANELLI (a cura di), *Il nuovo danno non patrimoniale*, Padova, 2004;

CAGNASSO O., *Una «brusca frenata» da parte delle sezioni unite della Cassazione alla vis espansiva della responsabilità amministrativa contabile*, in *Giur. it.* 2010, 857;

CAMERA DEI DEPUTATI, SERVIZIO STUDI – DIPARTIMENTO BILANCIO, *Le società a partecipazione pubblica*, 27 maggio 2012;

CAMMELLI M., *Società pubbliche*, in *Enciclopedia del Diritto* (Annali V, 2012), 1191;

CAMMELLI M E DUGATO M. (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli 2008;

CANNADA BARTOLI E., *Servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Giur. it.* 1996, 493;

CAPALBO F., *I limiti esterni della giurisdizione della corte dei conti e società partecipate: una brusca battuta d'arresto*, in www.amcorteconti.it;

CAPALBO F., *Le società partecipate dagli enti pubblici: un problema di teoria generale*, 2013, in www.respamm.it;

CAPRARA A., *Sul D.G. di società in mano pubblica decide la Corte dei Conti se il patrimonio danneggiato è pubblico*, in *Società*, 2010, 10, 1177;

CAPUTI JAMBRENGHI V., *Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Milano, 2006, 374;

CARINGELLA F., *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie*, in *Foro it.* 1996, I, 1364;

CAROSELLI A., *La responsabilità amministrativa degli amministratori di società a partecipazione pubblico locale e degli amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici*, in www.dirittodeiservizipubblici.it;

CARTEI G.F.-CREA P., *La Cassazione, le società partecipate e la responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 9, 935;

CARULLO G., *Riflessioni su alcune aperture del legislatore europeo in tema di in house, anche in prospettiva dei corrispondenti limiti nazionali per le società strumentali*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.5, 2014, pag. 991;

CASSESE S., *Il neosocialismo municipale*, in *Corriere della Sera* del 29 ottobre 2003;

CAVALLARO M.C., *Responsabilità degli amministratori e dipendenti delle società in mano pubblica e profili di giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 3, 2015, 896;

CERIONI F., *La cassazione procede alla riqualificazione soggettiva delle "società pubbliche" iniziando da quelle "in house"*, in *Società*, 2014, 8-9, 953;

CERULLI IRELLI V., *la posizione costituzionale della Corte dei Conti tra funzioni di controllo e di giurisdizione*, relazione al 51° Convegno di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, settembre 2005), in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Giuffrè, 2006;

CHITI M.P., *Carenze della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino*, Note e studi Assonime n. 10/2009;

CIARAMELLA A. , *La tutela delle scelte discrezionali e di quelle imprenditoriali nel giudizio di responsabilità amministrativa*, in www.amcorteconti.it;

CLARICH M., *Società mercato e quasi-amministrazioni*, relazione Assonime n. 7/2009;

CODAZZI E., *La giurisdizione sulle società c.d. in house: spunti per una riflessione sul tema tra "anomalia" del modello e (in)compatibilità con il diritto societario*, in *Giur. Comm.*, fasc. 2, 2015, 236;

CONDEMI M. in *Evoluzione della giurisdizione della Corte dei Conti alla luce delle recenti pronunce della Suprema Corte di Cassazione*, in *Enti Pubblici* 2006;

CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI – COMMISSIONI SERVIZI PUBBLICI E GOVERNANCE DELLA PARTECIPATE, *Responsabilità degli amministratori degli enti pubblici per i danni derivanti da perdite patrimoniali causati dalla gestione delle società partecipate*, 2010;

CORRADO L.R., *Criteri di ripartizione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile in caso di danno erariale causato dall'illegittima erogazione di fondi pubblici in favore di una Srl*, in *Dir. e giust.* 2010, quotidiano del 20 marzo, 96;

CORREALE G., *Corte dei conti*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1999, vol. IV, 215;

CORSO G.-SAVONA P., *Società a partecipazione pubblica, controlli e responsabilità. Un confronto europeo*, in *Servizi pubblici e appalti* 2006, 197;

CORTE DEI CONTI, SEZ. AUTONOMIE, *Gli organismi partecipati dagli enti territoriali – Osservatorio* 2014;

COSSU M., *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.* 2008, I, 627;

COTTARELLI G., *La lista della spesa*, Feltrinelli, 2015;

CREA P., *Ancora una sentenza sulla natura giuridica delle società a partecipazione degli enti locali*, in *Riv. amm. R. it.* 1995, 1052;

CUDIA C., *La responsabilità amministrativa tra (il)liceità del comportamento e (il)legittimità dell'atto: limiti della giurisdizione della Corte dei Conti e discrezionalità amministrativa*, in *Foro Amm. CDS*, fasc. 10, 2003, 2888;

CUMIN G., *Il danno all'immagine come patologia del sistema (della responsabilità amministrativa)* in *Riv. Corte della Conti* n. 5/2008;

DALFINO D., *Società pubbliche, responsabilità degli amministratori e riparto di giurisdizione*, in *Società*, 2010, 1361;

DELLA CANANEA G., *Responsabilità degli amministratori delle società pubbliche e regole di concorrenza*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2007;

D'ARIES C, GLINIANSKI S, TESSARO T., *Testo unico in materia di Società a partecipazione pubblica – commento articolo per articolo del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Maggioli Editore, 2016;

D'AURIA G., *Amministratori e dipendenti di enti economici e società pubbliche: quale «revirement» della Cassazione sulla giurisdizione di responsabilità amministrativa?*, in *Foro it.* 2005, I, 2684;

D'AURIA G., *Ancora in tema di Corte dei conti e controllo sulla gestione degli enti pubblici (con una inedita nozione di «pubblica amministrazione»)*, in *Foro it.* 2001, I, 2742;

D'AURIA G., *Brevissime in tema di giurisdizione sulla responsabilità degli amministratori di enti pubblici economici*, in *Foro it.* 1999, I, 575;

D'AURIA G., *Finanziamenti pubblici a privati e responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.* 2006, 9, 969;

D'AURIA G., *Le sezioni unite e il controllo della Corte dei conti sulla gestione degli enti pubblici*, in *Foro it.* 1998, I, 2078;

D'AURIA G., *Non esiste (con eccezioni) la responsabilità erariale per i danni cagionati alle società pubbliche dai loro amministratori*, in *Foro it.* 2010, I, 1495;

D'AURIA G., *Responsabilità amministrativa per attività di natura discrezionale e per la gestione di società pubbliche: a proposito di alcune sentenze delle sezioni unite*, in *Foro it.* 2007, I, 2488;

DE DOMINICIS A.R., *Casi di «malagestio» nella conduzione privatistica delle società per azioni a capitale pubblico*, in *Riv. Corte conti* 2006, 3, 379;

DEL GATTO S., *Le società pubbliche e le norme di diritto privato*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2014, 5, 489;

DELLO SBARBA F., *I servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2009;

DEMURIO I., *Società in mano pubblica*, in COTTINO-BONFANTE-CAGNASSO-MONTALENTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Bologna, 2009, 861;

DE NICTOLIS R.-CAMERIERO L., *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, Giuffrè, 2008;

DE PAOLIS M., *Danno erariale per spese di rappresentanza*, in *Azienditalia*, 2016, 1, 64;

DI CHIO G., *Società a partecipazione pubblica*, in *Digesto delle discipline privatistiche – sez. commerciale*, vol. XIV, Torino, Utet, 1997, 158;

DI LULLO M., *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica e giurisdizione della Corte dei Conti: (soltanto) le società “in house” che gestiscono servizi pubblici sono pubbliche amministrazioni?*, in *For. Amm.*, fasc. 10, 2014, 2498;

DI STEFANO M., *La giurisprudenza contabile dopo le innovazioni legislative: il danno all'immagine*, in PASQUALUCCI-SCHLITZER, *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2002, 174;

DI RUSSO D., *Manuale delle Società Pubbliche: profili codicistici e di legislazione speciale*, Eutekne, 2015;

DOMENICHELLI V. (a cura di), *La società pubblica tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2008;

DOMENICHELLI V. - SALA G. (a cura di), *Servizi pubblici e società private, quali regole*, Cedam 2007;

DUGATO M., *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2013, 8 ; 9, 855;

DUGATO M., *Le società a partecipazione pubblica tra efficienza e responsabilità*, in via di pubblicazione, script non definitivo;

FABI F., LOIERO R. E PROFITI F., *Il partenariato pubblico-privato nell'ordinamento giuridico nazionale, comunitario ed internazionale*, Dike 2015;

FALCITELLI E., *Il sindacato giurisdizionale contabile sull'attività discrezionale della P.A. nel difficile equilibrio tra esigenze di tutela della corretta gestione economica del patrimonio pubblico e dell'autonomia amministrativa: dal principio di ragionevolezza al principio di proporzionalità*, nota a commento della sentenza della Corte dei Conti, seconda sezione giurisdizionale centrale, 20 marzo 2006, n. 127, su www.federalismi.it;

FARNETI G., *Il perimetro delle partecipazioni si sta modificando: la valutazione della Corte dei Conti anticipa i contenuti del nuovo Testo Unico*, in *Azienditalia*, 2016, 6, 649;

FIMMANÒ F., *La società pubblica, anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetta a fallimento*, in *Il Fallimento*, 2013, 10, 1296;

FIMMANÒ F., *La giurisdizione sulle “società pubbliche”*, in *Società*, 2013, 8 ; 9, 974;

FIORANI L.E., *Le azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.* 2011, 2, II, 316;

FRACANZANI M., *Le società degli enti pubblici: tra autonomia di impresa e responsabilità erariale*, in www.giustizia-amministrativa.it;

FRACCHIA F., *Studio delle società «pubbliche» e rilevanza della prospettiva giuspubblicistica*, in *Foro it.* 2005, III, 38;

FRANCESE M., *L'illegittimità e illiceità al cospetto del giudice contabile, con particolare riguardo alla discrezionalità amministrativa*, in *Foro amm.*, 1987, 1674;

GAGLIARDI M., *La responsabilità delle persone giuridiche con riguardo alle ipotesi di risarcimento del danno per lesione erariale*, in *Riv. Corte conti* 2007, 1, 263;

GAROFOLI R., *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali: organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materie (d.leg. 80/98)*, in *Foro it.* 1999, III, 180;

GAROFOLI R., *Servizio pubblico e società pubbliche: implicazioni in punto di giurisdizione*, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 6, 632;

GARRI F., *Danno erariale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. X, Roma, Treccani, 1988;

GARRI F., *I giudizi innanzi alla Corte dei Conti, responsabilità, conti, pensioni*, Milano, Giuffrè, 2000;

GARRI F., *Responsabilità amministrativa*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, Roma, 1991;

GARRI F., *Responsabilità contabile*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, Roma, 1991;

GHIGLIONE P. - BIALLO M., *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica: l'orientamento delle sezioni unite*, in *Soc.* 2010, 809;

GENTILE E., *L'In house providing come modalità di gestione ordinaria dei servizi pubblici e la cooperazione verticale istituzionalizzata*, in *Foro Amministrativo (II)*, fasc.4, 2015, pag. 1086;

GHIGLIONE P – BIALLO M., *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica: l'orientamento delle SS.UU.*, in *Società*, 2010, 7, 803;

GIRACCA M. P., *Esiste il danno erariale all'immagine di un ente pubblico?*, in *Foro it.* 2000, III, 264;

GOISIS F., *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di giustizia e del legislatore nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2008, 396;

GOISIS F., *Note sulla sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità di amministratori e funzionari di società in mano pubblica*, in *Foro amm. TAR* 2002, 444;

GOISIS F., *Società a partecipazione pubblica*, in CASSESE (diretto da) *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, Giuffrè, 2006, 5600;

GOISIS F., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica, come persone giuridiche*, Milano 2004;

GOISIS F., *Le società legali alla prova dell'art. 4, co. 13, D.L. n. 95 del 2012. Il caso di ANAS S.p.a.*, in *Foro Amm.*, fasc. 6, 2014, 1701;

GRASSI E., *La giurisprudenza della Corte di Cassazione ridisegna la nozione di "pubblica amministrazione" con ricaduta sulla giurisdizione della Corte dei Conti*, in *Fisco*, 2006, 37 – parte 1, 5707;

GRUNER G., *Enti pubblici a struttura di S.p.a.*, Giappichelli, 2008;

GUERRERA F.(a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2010;

GUERRERA F., *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico-privata*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, 4, 511;

GUERRIERI A., *I giudizi di responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica. Giudice civile o giudice contabile? Una possibile mediazione*, in *Riv. Corte conti* 2007, 6, 285;

IBBA C., *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. dir. civ.* 2006, II, 145;

IBBA C., *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.* 2005, 4;

IBBA C., *Tipologia e "natura" delle società a partecipazione pubblica*, in GUERRERA(a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2010;

IBBA C., *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, 3, 10365;

IBBA C., *"Generale" e "speciale" nel diritto dell'iniziativa economica, nel pensiero di Giorgio Oppo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, 4, 10473;

IBBA C., *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, 5, 10571;

IBBA C., *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giur. Comm*, fasc. 1, 2014, 13;

- IBBA C., *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei Conti*, in *Giur. Comm.*, fasc. 5, 2012, 641;
- IBBA C., *Il falso problema della fallibilità delle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, 3, 10511;
- IBBA C., *La tutela delle minoranze nelle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Soc.*, fasc. 1, 2015, 95;
- IBBA C., *Società a partecipazione pubblica e responsabilità erariale*, in *Giur. Dir. Civ.*, 2015, 2, 10443;
- IBBA C.-MALAGUTI M.C.-MAZZONI A.(a cura di), *Le società "pubbliche"*, Torino, Giappichelli, 2011;
- IELO D.-IACOVELLI D., *La giurisdizione della Corte dei conti sulle società pubbliche*, in *Amministrare* 2008, 1/2, 67;
- IEVA L., *Responsabilità erariale del dirigente per disorganizzazione amministrativa*, in *Riv. Corte conti* 2006, 3, 343;
- IMPECIATI L., *Danno morale: configurabilità e risarcimento nei confronti della pubblica amministrazione*, in *TAR* 1994, II, 102;
- JAEGER P.G., *Privatizzazioni; «public companies»; problemi societari*, in *Giur. comm.* 1995, 5;
- LAINO A., *Esclusa la giurisdizione dei giudici ordinari sulle scelte operate dalle amministrazioni*, in *Guida dir.* 2004, 12, 39;
- LAMORGESE A., *Società a partecipazione pubblica, responsabilità, giurisdizione*, in *Giur. comm.* 2011, 2, II, 332;
- LAMORGESE A., *La responsabilità degli organi delle società a capitale pubblico tra Corte dei Conti e Giudice Ordinario*, in *Giust. Civ.*, fasc. 5-6. 2013, 237;
- LIBANORA M., *Responsabilità amministrativa e civile nelle società miste*, in *Azienditalia*, 2011, 6, 476;
- LIGUORI F., *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2007;
- LILLO F., *Responsabilità amministrativa tra discrezionalità e merito*, nota a commento della sentenza della Corte dei Conti, sezione giurisdizionale di Milano, 2 maggio 2005, n. 324, su www.ratioiuris.it;
- LILLO F., *Danno all'immagine della Pubblica Amministrazione*, voce *Digesto Pubblico*, 2008, Leggi d'Italia;

LIMENTANI M. E VERONELLI M., *Organismo di diritto pubblico*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2011, 7, 760;

LIMENTANI M. E VERONELLI M., *Danni per mala gestio degli organi sociali*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2011, 12, 1334;

LOMBARDO F., *La giurisdizione della Corte dei conti sull'esocietà a partecipazione pubblica nell'età del massimo confronto tra pubblico e privato: l'influenza della normativa comunitaria*, in *Foro Amm. CdS*, 2005, 2, 629;

LOMBARDO F., *In tema di giurisdizione della Corte dei conti in ordine alla responsabilità di amministratori di società per azioni partecipate dallo Stato*, in *Riv. Corte conti* 2005, 1, 145;

LONGAVITA F.M., *La giurisdizione della Corte dei conti sugli amministratori e dipendenti delle S.p.a.*, Intervento al convegno di Perugia del 18 e 19 aprile 2008, in www.corteconti.it;

LUPI A., *Osservazioni in tema di danno all'immagine*, in *Riv. Corte conti* 1998, 3, 187;

MACCHIA M., *Gli amministratori di società pubbliche e il danno erariale*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 4, 381;

MACCHIA M., *Le partecipate statali: società di mercato o semi-amministrazioni?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2015, 4, 441;

MADDALENA P., *La responsabilità amministrativa degli amministratori degli enti pubblici economici e delle s.p.a. a prevalente capitale pubblico*, in *Riv. amm. R. it.* 1996, 445;

MADDALENA P., *La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa nell'evoluzione attuale del diritto amministrativo*, in *Cons. Stato* 2001, II, 1559;

MADDALENA P., *Le nuove frontiere della responsabilità amministrativa nell'attuale evoluzione del diritto amministrativo*, in www.amcorteconti.it;

MANFREDI SELVAGGI C.A., *Anche l'attività imprenditoriale sotto il «controllo» contabile*, in *Guida enti locali* 2004, 11, 95;

MANFREDI SELVAGGI C.A., *Il danno all'immagine del Comune non dipende da quello patrimoniale*, in *Guida enti locali*, 2002, 49, 76;

MASSERA A., *Le società pubbliche*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009, 8, 889;

MAUGERI M., *Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici economici «privatizzati»*, in *Giur. comm.* 1994, II, 533;

MAURO E., *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. «pubblica»*, in IBBA-MALAGUTI-MAZZONI (a cura di), *Le società «pubbliche»*, Torino, Giappichelli, 2011;

MELE E., *La costituzione della società per azioni*, in MELE (a cura di), *La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici*, Milano, Giuffrè, 2003, 119;

MELE E., *La responsabilità dei dipendenti e degli amministratori pubblici*, Milano, Giuffrè, 2004;

MELE E., *La responsabilità negli enti locali*, Bologna, Maggioli, 1992;

MELE E.(a cura di), *La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici*, Milano, Giuffrè, 2003;

MELE R.-MUSSARI R., *L'innovazione della governance e delle strategie nei settori delle public utilities*, Bologna, Il mulino, 2009;

MENTO S., *Il controllo analogo sulle società in house pluripartecipate da enti pubblici*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2013, 5, 495;

MIELE T., in *L'evoluzione in senso oggettivo della giurisdizione contabile. Il criterio della natura oggettivamente pubblica delle risorse gestite*, in AA.VV. *Giurisdizione della Corte dei Conti e responsabilità amministrativa contabile a dieci anni dalle riforme*, Napoli 2005.

MINERVA M., *Danno derivante dalla cattiva gestione delle società a partecipazione pubblica (ovvero per una società pubblica "sincera")*, in *Riv. Corte dei Conti*, 2, 2008, 387.

NAPOLITANO G., *Le società pubbliche tra vecchie e nuove regole*, in *Riv. soc.* 2006, 999;

NAVARO F., *Gli amministratori di una società per azioni in mano pubblica rispondono davanti alla Corte dei conti solo per i danni arrecati in via diretta al socio pubblico*, in *Nuova rass.* 2010, 953;

NICODEMO A., *La dubbia natura delle società pubbliche "figlie" della privatizzazione: il caso ANAS*, in *Foro Amm.*, fasc. 6, 2014, 1718;

NICODEMO G.F., *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: le Sezioni Unite della Cassazione ritornano sulla questione di giurisdizione*, in *Foro Amm – CDS*, fasc. 6, 2012, 1498;

NICODEMO G.F., *Responsabilità per danno al patrimonio di S.p.a. pubbliche e riparto di giurisdizione*, in *Urbanistica e Appalti*, 2015, 4, 402;

NICODEMO G.F., *Giurisdizione e danno erariale – responsabilità per danno al patrimonio di S.p.a. pubbliche: giurisdizione dell'A.G.O.*, in *Giur. It.*, 2016, 1, 166;

NICOLETTI G., *La responsabilità amministrativa nel contesto della pubblica amministrazione*, in *Riv. Corte conti* 2011, 1-2, 461;

NOVELLI P.-VENTURINI L., *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Milano, Giuffrè, 2008;

OLESSINA A., *Come cambia la giurisdizione contabile – La competenza cresce a macchia d'olio – Conta la natura degli obiettivi, non la qualità dei soggetti*, in *Dir. e giust.* 2006, 15, 88;

OPPO G., *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.* 2005, II, 157;

OTTAVIANO V., *Ente Pubblico Economico*, voce *Digesto Pubblico*, 1991, in *Leggi D'Italia*;

PACE A., *La Corte di Cassazione ignora la storia, disapplica la legge e qualifica la Rai «ente pubblico»*, in *Giur. cost.* 2010, 4036;

PAJNO A., *Rapporto con le altre giurisdizioni: concorso o esclusività della giurisdizione di responsabilità amministrativa*, in *Dir. proc. amm.* 2006, 954;

PAPA MALATESTA A., *Partecipazioni pubbliche*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, vol. X, Torino, Utet, 1995, 692;

PATRITO P., *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica: profili di giurisdizione e diritto sostanziale*, in *Giur. it.* 2010, 1709;

PAVONI F., *La Corte dei conti e il danno all'immagine della pubblica amministrazione: un anno di pronunce a confronto*, in *Resp. civ. prev.* 2006, 527;

PECORARO C., *Pubblico e privato nella governance delle società partecipate: fermenti ed incertezze nel quadro di riferimento*, in *Dir. Fall.*, 2014, 6, 20701;

PEREZ R., *La legge di stabilità per il 2015 - la razionalizzazione delle società partecipate e gli equilibri finanziari locali*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2015, 2, 179;

PERIN M., *S.p.A. pubbliche: controllo o impunità? Soluzioni del decreto mille proroghe e novità giurisprudenziali (note a margine dell'art. 16-bis della legge 28 febbraio 2008, n. 31, che ha convertito il c.d. decreto mille proroghe)*, in *Lexitalia.it*, marzo 2008;

PERIN M., *commento a Corte dei Conti, Sez. I Giur., Centr. D'Appello – sentenza 20 febbraio 2015*, in *Lexitalia.it*, marzo 2015;

PERRELLA R., *Osservazioni in tema di società pubbliche*, 2013, in www.contabilità-pubblica.it;

PERULLI G., *La responsabilità civile, penale, amministrativa degli amministratori pubblici*, Milano, Giuffrè, 1995;

PETRONI P., *Responsabilità amministrativo/contabile e implicazioni in tema di giurisdizione della Corte dei Conti degli amministratori di società che gestiscono servizi pubblici locali*, in www.diritto.it;

PETTINARI C., *Gli “incerti confini” della giurisdizione contabile in tema di responsabilità: note a margine della giurisprudenza più recente in tema di società pubblica cc.dd. “in mano pubblica”*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 4, 2013, 1239;

PIGA E., *Giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori di società di capitali (società in house e società mista) partecipate dagli enti locali per la gestione dei servizi pubblici a rilevanza economica alla luce del processo di privatizzazione e di liberalizzazione*, in *Foro amm. CdS* 2007, 2669;

PINOTTI C., *La responsabilità degli amministratori di società tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza con particolare riferimento alle società partecipazione pubblica*, in *Riv. Corte dei Conti* 2004, 5, 312;

PIPERATA G., *La partecipazione delle pubbliche amministrazioni a società di capitali nel nuovo disegno di riforma: modelli, procedure e limiti*, estratto da *Le società pubbliche nel Testo Unico*, a cura di CERIONI F., Giuffrè, in via di pubblicazione.

PIRAS P., *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, Giuffrè, 1994;

PIZZA P., *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazioni: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.* 2003, 486;

PIZZA P., *Società per azioni di diritto singolare: rassegna 1999-2003*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, 4, 372;

PIZZA P., *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007;

POLICE A., *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni «di diritto speciale»: problemi di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.* 1996, 147;

PONTE D., *Società miste, responsabilità e giurisdizione*, in *Urbanistica e Appalti*, 2010, 5, 574;

POTO M., *Il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione al vaglio delle Sezioni Riunite della Corte dei conti*, in *Giur. it.* 2003, 1710;

RANGONE N., *Le società a partecipazione pubblica nel settore trasporti*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica* a cura di CAMMELLI M e DUGATO M., Giappichelli, 2008;

REBECCHI P.L., *Brevi osservazioni in tema di legittimazione passiva nel giudizio di responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di società private in rapporto di servizio con la P.A.*, in www.amcorteconti.it;

REBECCHI P.L., *Prassi contra legeme responsabilità amministrativo-contabile; valore scriminante della colpa grave?*, in *Riv. Corte conti* 1999, 2, 194;

REBECCHI P.L., *Sviamento nell'utilizzo delle pubbliche risorse e giurisdizione di responsabilità amministrativo-contabile*, in *Riv. Corte conti* 2006, 2, 238;

RENNA M., *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997;

RISTUCCIA M., *La giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori degli enti pubblici economici: un vecchio problema dinanzi a nuovi scenari*, in *Riv. Corte conti* 1995, 1, 406;

RISTUCCIA M., *La responsabilità «sociale» erariale nelle società pubbliche*, in *Riv. Corte conti* 2005, 1, 325;

RODRIQUEZ S., *Il danno all'immagine: amministrazione civile e militare a confronto*, in *Resp. civ. prev.* 2009, 2337;

RODRIQUEZ S., *La giurisdizione della Corte dei conti: dagli enti pubblici economici alle s.p.a. a prevalente capitale pubblico*, in *Giur. it.* 2004, 1946;

RODRIQUEZ S., *Le Sezioni Unite tornano a pronunciarsi sulla giurisdizione della Corte dei Conti*, in *Giur. It.*, 2005, 4.

RODRIQUEZ S., *La responsabilità amministrativa e le sue più recenti evoluzioni. Spunti di riflessione sugli interventi, negli anni, del giudice contabile*, in *Resp. civ. prev.* 2009, 1246;

RODRIQUEZ S., *La responsabilità amministrativa tra natura personale e trasmissibilità agli eredi*, in *Resp. civ. prev.* 2007, 2616;

RODRIQUEZ S., *Tangenti e danno all'immagine: un altro intervento del giudice contabile*, in *Resp. civ. prev.* 2008, 1163;

RODRIQUEZ S., *Un chiarimento sugli elementi costitutivi della responsabilità contabile*, in *Resp. civ. prev.* 2008, 2580;

RODRIQUEZ S., *Responsabilità amministrativa e contabile (I agg.)*, voce *Digesto Pubblico*, 2008, Leggi d'Italia.

ROMAGNOLI G., *La società degli enti pubblici: problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.* 2006, I, 473;

ROMAGNOLI G., *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche fra diritto amministrativo e diritto privato*, in *DSocietà*, 2008, 4, 441;

ROMAGNOLI G., *"Gestione e controllo" di enti. profili di responsabilità erariale per l'impiego di risorse pubbliche in società*, in *Danno e Resp.*, 2009, 5, 568;

RORDORF R., *Le società partecipate tra pubblico e privato*, in *Società*, 2013, 12, 1326;

ROSSI A., *Società con partecipazione pubblica*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIX, Roma, Treccani, 1993;

ROSSI A., *La responsabilità degli amministratori delle società “pubbliche”*, in *Giur. comm.* 2009, I, 521;

ROSSI G., *Le società di proprietà pubblica. Controlli e responsabilità*, in *Servizi pubblici e appalti* 2006, 185;

ROVERSI MONACO M.G., *La teoria dell'ente pubblico in forma di società – Considerazioni critiche*, Torino, Giappichelli, 2004;

SALA G., *Del regime giuridico delle società a partecipazione pubblica: contributo alla delimitazione dell'ambito del diritto dell'amministrazione (cosa pubblica)*, in *Servizi Pubblici e società private quali regole?*, a cura di DOMENICHELLI V. e SALA G., Cedam, 2007;

SALAFIA V., *Considerazioni in tema di responsabilità degli amministratori verso le società e verso i creditori sociali*, in *Giust. civ.* 1999, I, 79;

SALVAGO S., *La giurisdizione della Corte dei conti in relazione alla posizione dei soggetti responsabili ed a quella degli enti danneggiati*, in *Giust. civ.* 2010, I, 2505;

SALVATO L., *Responsabilità degli organi sociali delle società in house*, in *Fallimento*, 2014, 1, 33;

SANDULLI A.M., *La Corte dei Conti nella prospettiva Costituzionale*, *Dir. Soc.*, 1979;

SANDULLI M.A., *L'art. 16 bis del decreto mille proroghe sulla responsabilità degli amministratori e dipendenti delle s.p.a. pubbliche*, in www.federalismi.it;

SANTONASTASO F.E., *Ancora della RAI, «così com'è oggi, è un centauro, con una natura in parte umana e in parte equina...»*, in *Giur. cost.* 2010, 4085;

SANTOSUOSSO D., *Società a partecipazione pubblica e responsabilità degli amministratori (contributo in materia di privatizzazioni e giurisdizione)*, in *Rivista delle Società*, 2009, 54;

SANTORO E., *Il danno oggettivamente pubblico ed il rapporto di servizio nella responsabilità amministrativa*, in *Foro Amm. CdS*, 2003, 335;

SANTOSUOSSO D.U., *Società a partecipazione pubblica e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. dir. soc.* 2009, 47;

SARDELLI S., *Danno diretto o indiretto: la Suprema Corte ribadisce il discrimine tra giurisdizione contabile ed ordinaria*, in *Giur. Comm*, fasc. 3, 2015, 464;

SAU A., *La responsabilità amministrativa per danno erariale di amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica*, in *Riv. trim. app.* 2009, 3, 633;

SAU A., *La responsabilità degli amministratori di società pubblica: recenti orientamenti*, in *Istituzioni del federalismo* 2011, 2, 111;

SCHIAVELLO L., *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2001;

SCHIAVELLO L., *Responsabilità amministrativa*, voce *Enciclopedia Giuridica*, agg. III, 1999;

SCHLITZERE. F., *Il regime giuridico della responsabilità degli amministratori e dipendenti pubblici delle s.p.a. a partecipazione pubblica e l'art. 16 bis del c.d. mille proroghe*, in www.federalismi.it;

SCHLITZERE. F., *Le più recenti innovazioni legislative e giurisprudenziali in materia di responsabilità amministrativa e di processo contabile*, in *Foro amm.* CdS2010, 219;

SCHLITZER E. F., *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2002;

SCHLITZER E.F., *L'oscillante ambito della giurisdizione contabile sulle S.p.a. partecipate pubbliche*, in www.corteconti.it;

SCOCA F.G., *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova, Cedam, 1997;

SCOCA F., *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità amministrativa*, relazione al 51° Convegno di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, settembre 2005), in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Giuffrè, 2006;

SCRIMALI A., *Il Parlamento Europeo e la promozione delle autonomie locali negli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Riv. Ital. Di dir. Pubbl. com.*, 2005, 899;

SERRA A., *le società per la "valorizzazione dei beni pubblici"*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica* a cura di CAMMELLI M e DUGATO M., Giappichelli 2008;

SIMONETTI H., *La responsabilità degli amministratori di società quotate in partecipazione pubblica*, in *Società*, 2008, 11, 1348;

SINISI M., *Questioni di responsabilità amministrativa nell'ambito dell'impresa pubblica vecchi e nuovi dubbi*, in *Foro amm.* CdS2009,2986;

SINISI M., *Responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di s.p.a. a partecipazione pubblica e riparto di giurisdizione: l'intervento risolutivo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Foro amm.* CDS 2010, 77;

SIRAGUSA S., *Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici sovvenzionati dallo Stato*, in *Foro amm.* CdS2008, 648;

STADERINI F., *Responsabilità amministrativa e contabile*, voce *Digesto Pubblico*, 1997, Leggi d'Italia;

STICCHI DAMIANI A., *La responsabilità degli amministratori di società pubblica*, in IBBA-MALAGUTI-MAZZONI(a cura di), *Le società "pubbliche"*, Torino, Giappichelli, 2011;

TENORE V., *Giurisdizione contabile sul danno non patrimoniale alla pubblica amministrazione*, in *Riv. amm.* 1994, 1203;

TENORE V., *La giurisdizione della Corte dei conti sulle s.p.a. a partecipazione pubblica*, in *Foro amm. CDS* 2010, 92;

TENORE V., *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, Giuffrè, 2004;

TENORE V., *la nuova Corte dei Conti*, Giuffrè, 2008;

TIGANO F., *Corte dei Conti e attività amministrativa*, Giappichelli, 2008;

TORCHIA L., *La responsabilità amministrativa per le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.* 2009, 7, 791;

TORCHIA L., *La responsabilità amministrativa per le società a partecipazione pubblica*, in *Note e studi Assonime* 8/2009;

TORCHIA L., *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Servizi pubblici e appalti* 2006, 223;

TORCHIA L., *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Giorn. dir. amm.* 2012, 323;

TRIMARCHI F. (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, Milano, Giuffrè, 1999;

URBANO G., *La società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione In Cammino*, rivista telematica, 2012;

URSI R., *L'ultima frontiera della privatizzazione: la giurisdizione del giudice ordinario in materia di revoca degli amministratori di nomina pubblica*, in *Foro it.* 2005, I, 2728;

URSI R., *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche*, in *Foro amm. CDS* 2004, 693;

VALAGUZZA S., *Le società a partecipazione pubblica e la vana ricerca della coerenza nell'argomentazione giuridica*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 3, 2014, 862.

VALLEFUOCO V., *Il Giudizio sulla colpa per le società a prevalente partecipazione pubblica*, relazione al Convegno e Tavola rotonda Perugia 18 e 19 Aprile 2008, *L'azione di responsabilità amministrativa con particolare riferimento all'attività istruttoria del pubblico ministero contabile*;

VANONI S., *Le società miste quotate in mercati regolamentati (dalla golden share ai fondi sovrani)*, in IBBA-MALAGUTI-MAZZONI(a cura di), *Le società "pubbliche"*, Torino, Giappichelli, 2011;

VENTURINI L., *Danno c.d. «morale» patito dal soggetto pubblico: natura e giurisdizione della Corte dei conti*, in *Dir. proc. amm.* 2000, 907;

VENTURINI L., *Giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori e dipendenti delle amministrazioni, enti ed enti a prevalente partecipazione pubblica*, in *Riv. Corte Conti*, 2001, 6, 294;

VENTURINI L., *La giurisdizione della Corte dei conti sugli amministratori e dipendenti delle società pubbliche*, in *Giorn. Dir. Amm.* 2006, 1127;

VENTURINI L., *L'azione di responsabilità amministrativa nell'ambito delle società per azioni in mano pubblica. La tutela dell'interesse pubblico*, in *Foro amm. CDS*, 2005, 3432;

VESSIA F., *Società in house providing e procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2015, 2, 10142;

VETRO A., *Il dolo contrattuale o civilistico: applicazione nei giudizi di responsabilità amministrativa secondo la più recente giurisprudenza della Corte dei Conti*, in www.contabilità-pubblica.it, 2011;

VETRO A., *Evoluzione della problematica sulla giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori e dipendenti delle società partecipate dagli enti pubblici, con particolare riguardo a quelle c.d. in house*, 2013, in www.respamm.it;

VETRO A., *Problematica sulla giurisdizione in tema di responsabilità nei confronti della p.a. degli amministratori e dipendenti delle società con partecipazione pubblica, alla luce della giurisprudenza della corte dei conti, della corte costituzionale, del consiglio di stato e della cassazione*, 2013, in www.respamm.it;

VISCA M.A., *La giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di una società per azioni*, in *Giust. Civ.*, 2005, I, 208;

VISCA M.A., *La giurisdizione della Corte dei conti sull'attività privata di amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici*, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2044;

VISCA M.A., *Natura giuridica della AMTAB e conseguente giurisdizione del giudice ordinario in tema di responsabilità degli amministratori*, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2273;

VISCA M.A., *Sull'obbligo di una società per azioni di rendere il conto giudiziale alla Corte dei conti*, in *Giust. civ.*, 2002, I, 3161;

VISCA M.A., *Sull'insindacabilità del giudice contabile nel merito delle scelte discrezionali*, in *Giust. Civ.*, fasc. 11, 2002, 2922;

VISCONTE G., *I limiti della Corte dei Conti nell'accertamento della responsabilità amministrativa*, disponibile su www.dirittoamministrativo.it;

VITALE C., *la cassazione, il rapporto di servizio e la responsabilità amministrativa di soggetti privati*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 2, 135;

VITALE C., *La collaborazione pubblico-privato per l'attuazione delle prescrizioni urbanistiche. Le società di trasformazione urbana*, in *La collaborazione pubblico-privata e l'ordinamento amministrativo*, a cura di MASTRAGOSTINO F., Giappichelli, 2011.

Dopo le dediche ho voglia di lasciare spazio anche a qualche ringraziamento.

Mi si perdonerà il tono a tratti eccessivamente romantico ma oggi, che è il mio ultimo giorno di scuola dopo trenta anni esatti, penso che tutto sia concesso.

Era il settembre del 1986 quando mi sono seduto tra i miei primi banchi, nello stesso momento in una stamperia veniva alla luce il primo numero di Dylan Dog e, da qualche parte nei sobborghi di Detroit, Juan Atkins, Kevin Saunderson e Derrick May creavano le prime tracks di musica techno...entrambe le cose avrebbero accompagnato costantemente nel tempo i miei momenti di fuga dalla realtà.

Un grazie è dovuto anche a loro.

Tornando alla realtà un primo grazie è per il Prof. Sala, il Prof. Bercelli e tutta la cattedra di Diritto Amministrativo...non per mera ossequiosità accademica, ma perché la fiducia riposta in questi anni, nonostante la mia latitanza nell'aggiornare sui miei progressi di ricerca, è merce rara.

Al Prof. Trimeloni, maestro di vita e relatore della mia immatura tesi in tributario, materia che ho amato più di tutte le altre.

Alla Prof.ssa Natali per l'insperata e solitaria fiducia che ha avuto nelle mie capacità durante i crepuscolari anni del liceo. Credo che da lassù stia ridendo nel vedere come alla fine abbia vinto la sua scommessa.

Ai miei, cui in fondo devo molto di quello che sono.

Alla mia famiglia acquisita che tanti anni fa mi ha accolto come un figlio e un fratello.

Ai miei nonni mediterranei, "fuoco e medicina" della mia infanzia, per avermi trasmesso il senso di libertà che si respira nello sfogliare le pagine di un libro o di un quotidiano.

Al nonno che non ho mai conosciuto e di cui porto il nome...essendo l'unico giurista in linea retta è inevitabile pensare che qualcosa lo debba pure a lui per la semplice applicazione delle leggi di Mendeleev.

Alla nonna teutonica per tutto quello che mi ha dato e non ho fatto in tempo a restituire...ed alla sua soffitta invasa per anni dalle mie sudate carte.

Ai miei fratelli, così diversi ma mai troppo lontani.

Ai miei compagni di mixer e a quella albe passate insieme con gli occhi stanchi e lucidi per una notte trascorsa tra i fader a parlare di cosa avremmo fatto nella vita una volta "sfumato" il nostro ultimo disco... "Martin Garrix come Jimy Hendrix, il nostro Woodstock con i laser verdi..."

Ai medici della TIN di Borgo Roma che mi hanno insegnato il giusto "triage" delle vere difficoltà della vita.

Ai Colleghi dell'Agenzia delle Entrate perché molti degli spunti di questo lavoro sono frutto dei mesi passati insieme in minuscole stanze di qualche multinazionale, tra colonne di scritture contabili, a confrontarsi con squali mascherati da direttori amministrativi.

A Studio Music e Le Disque, insospettabili Caffè letterari dei miei sabati pomeriggio.

A Ser.pi.co e Discogs, palestre quotidiane delle mie attività di intelligence.

Ai miei compagni di facoltà con cui per anni ho condiviso la filosofia del "learn hard and play hard".

Al mio "dominus" per avermi dato l'occasione di una "pratica" degna di questo nome.

Ai miei amici, perduti e ritrovati, per i momenti irripetibili passati insieme.

E infine un grazie anche a tutti quelli che, nell'incrociarmi in orari improbabili tra i corridoi della procura, mi chiedevano chi me lo facesse fare di esaurirmi per una tesi di dottorato...a quella domanda ho sempre risposto che in fondo, come a volte capita per le cose belle e uniche di una vita, "un vero motivo non c'è e questo è l'importante".

"e quando torneremo sarà come non fossimo mai stati lontani davvero..."

Fatto commesso in Parma, Bolzano, Verona, Roma, Scandicci e Vicenza dal settembre 1986 ad oggi.

